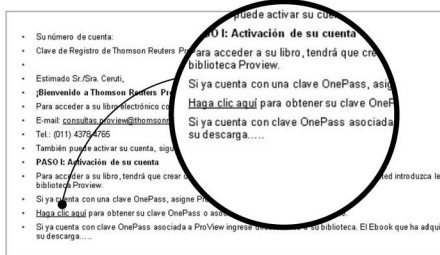


THOMSON REUTERS
LA LEY



SI ES LA PRIMERA VEZ QUE USA UN eBook DE THOMSON REUTERS

- 1 Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y obtener su clave **OnePass**.



- 2 Ingrese el NOMBRE (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico.

A screenshot of the OnePass registration page. The title is "registre un nuevo perfil". It contains a form with fields for "Clave de registro" (with an example: 1234567-ABCDE1), "Nombre ¿Cuál es esto?", and "Dirección de Correo Electrónico". A "continuar" button is at the bottom.

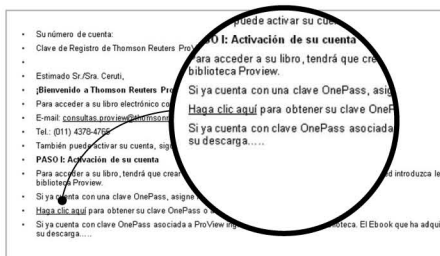
- 3 A continuación, complete los campos requeridos y cree su perfil. **Importante:** El USUARIO y CONTRASEÑA elegido en este proceso le permitirán ingresar a **ProView** para poder visualizar su eBook.

A screenshot of the "Registrar un nuevo Perfil OnePass" form. It has a "Configuración General" tab. The "Su información" section includes fields for "Primer nombre", "Apellido", and "Dirección de Correo Electrónico". There is a note: "Confirmar casilla de Correo Electrónico Debe ser igual al campo CORREO ELECTRONICO".

- 4 Finalmente, aparece un mensaje de registro que confirma el acceso a su libro electrónico. Para descargar la aplicación **ProView** y poder consultar su eBook siga las instrucciones que aparecen en la siguiente página.

SI NO ES LA PRIMERA VEZ QUE USA UN eBook DE THOMSON REUTERS

- 1 Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y asociar su eBook a su cuenta.



- 2 Ingrese el NOMBRE (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico. **Importante:** utilice la misma dirección de correo electrónico registrada en **OnePass**.

A screenshot of the OnePass registration page, identical to the one in the first section. It shows the "registre un nuevo perfil" form with fields for registration key, name, and email address.

- 3 Finalmente su eBook está listo para descargarse en la aplicación **ProView**.

FORMAS DE **ACCESO**

ACCESO DESDE SU IPAD O TABLETA ANDROID

Descargue la aplicación Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android:

- Entre en **iTunes Store y busque ProView** para acceder a la aplicación de **iPad en iTunes Store**.
- Entre en **Google Play y busque ProView** para acceder a la aplicación de **Android en Google Play**.

ACCEDA A SU BIBLIOTECA

- **Abra la aplicación** de Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android.
- **Inicie la sesión** introduciendo su usuario y **contraseña OnePass**.
- El libro electrónico que ha adquirido está **disponible en su biblioteca**.
- **Descargue el contenido del libro** haciendo clic **en el ícono del libro electrónico** (este paso sólo es necesario hacerlo la primera vez que accede al contenido y es preciso que el iPad o la tableta Android esté conectado a Internet).
- Una vez descargado, el libro electrónico ya está disponible para su consulta.

ACCESO DESDE SU ORDENADOR

Descargue la aplicación de escritorio de Thomson Reuters PROVIEW™ para PC (Windows o Mac):

- Entre en **<http://thomsonreuters.com/site/proview/proview-for-window-mac/>** para descargar la aplicación para su ordenador Windows o Mac.

THOMSON REUTERS PROVIEW™ DESDE SU NAVEGADOR

Si lo prefiere, puede acceder a Thomson Reuters PROVIEW™ desde su navegador:

- Entre en la página web **<https://proview.thomsonreuters.com>** e introduzca su usuario y contraseña OnePass.

SI TIENE DUDAS O PROBLEMAS CON EL PROCESO DE ACTIVACIÓN DEL eBOOK, PUEDE LLAMAR AL TELÉFONO **0810 222 5253**



THOMSON REUTERS

**Los derechos de la
persona en el nuevo
Código Civil y Comercial
Aproximación a algunos
aspectos novedosos**

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

Decana
Mónica Pinto

Vicedecano
Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez /
Marcelo Gebhardt / Adelina Loiano / Enrique Zuleta Puceiro / Lily Flah

Consejeros Suplentes

Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi / Martín Böhmer/
Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff / Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda /
Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes

Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti /
Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Carlos Rodríguez / Juan Alfonsín /
Nicolás Font Cotillo / Joaquín Santos

Consejeros Suplentes

Agustina Malandra / Santiago Fernández Storani /
Leandro J. González / Matías Virginillo

Secretaría Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Francisco Alfonsín

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario: Jonathan M. Brodsky

Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial

Aproximación a algunos
aspectos novedosos

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas
Director



THOMSON REUTERS
LA LEY

Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato

Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial: aproximación a algunos aspectos novedosos / Renato Rabbi-Baldi Cabanillas - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.

192 p.; 24 × 17 cm.

ISBN 978-987-03-3363-0

1. Derecho. I. Título.

CDD 346.012

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho UBA, 2017
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2017
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 360 ejemplares

ISBN 978-987-03-3363-0

SAP 42128919

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO INTRODUCTORIO

UNA MIRADA FILOSÓFICA A LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Luciano Laise

I.	La sanción del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994).....	1
II.	Fundamento de la presente investigación.....	3
III.	Estructura de la obra.....	9

CAPÍTULO I

EL USO DEL TÉRMINO “DIGNIDAD” EN EL DEBATE PARLAMENTARIO DE LA CÁMARA DE SENADORES PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. TRAS UNA BÚSQUEDA DEL SUSTRATO FILOSÓFICO DEL ARTÍCULO 51

Por Maximiliano V. J. Consolo

I.	Introducción.....	15
II.	Sobre la idea kantiana de dignidad desde la lectura de la Introducción del <i>Naturrecht Feyerabend</i>	18
III.	Un acercamiento al estado de la cuestión.....	25
	A. Un largo camino.....	25
	B. Los derechos personalísimos.....	26
	C. El artículo 51.....	27
IV.	Análisis del debate parlamentario en la Cámara de Senadores....	28
V.	Reflexiones finales.....	35

CAPÍTULO II

**LA CAPACIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN: SUSTRATO FILOSÓFICO Y COMPATIBILIDAD
CON LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA**

Por Carolina Caliva y Melany Esses

I.	Introducción.....	39
II.	Relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.....	40
III.	La Doctrina del Control de Convencionalidad.....	43
IV.	La capacidad y algunas cuestiones debatibles	48
V.	Conexidad entre disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las Observaciones Generales emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	53
	A. Artículo 22	53
	B. Artículo 23	55
	C. Artículo 24	56
	D. Artículo 31	59
	1. La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial	60
	2. Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.....	61
	3. La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial	61
	4. La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.....	63
	5. La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.....	64
	6. Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.....	65
	E. Artículo 32	66
	F. Artículo 35	71
	1. Inmediación con el juez	71
	2. La accesibilidad.....	72
	G. Artículo 36	73

H.	Artículo 38.....	74
I.	Artículo 43.....	75
	1. Elementos del sistema de apoyo.....	78
	2. Objetivos del sistema de apoyo.....	78
	3. Interpretación del art. 12 y su proyección en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	81
	4. Requisitos mínimos de la solicitud de medidas de apoyo.....	82
	5. Salvaguardias	82
VI.	El impacto de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Código Civil y Comercial desde el punto de vista del Control de Convencionalidad	83
	A. Estado del artículo 32 al momento de la presentación del informe y su posterior modificación.....	86
VII.	Aspectos esenciales de la reforma y ciertas observaciones.....	89
	A. El ámbito privado y el ámbito público en la historia.....	91
	B. La intimidad, lo público y lo social en la modernidad	93
	C. El cambio moderno de “acción” por “conducta”	94
VIII.	Conclusión: hacia un cambio de paradigma.....	95

CAPÍTULO III

**LA EXPERIMENTACIÓN EN SERES HUMANOS.
REFLEXIONES A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA ARGENTINA**

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

I.	Introducción.....	97
II.	Criterios generales del CCyC sobre los actos de disposición de partes del cuerpo humano y la experimentación en las personas	98
	A. Continuidad conceptual entre el anterior Código y el actual	98
	B. El art. 51.....	99
	C. El art. 17.....	100
	D. Los arts. 55 y 56	101
	E. El art. 58.....	101
	F. El art. 59.....	103
III.	El tema en las documentos internacionales.....	105
IV.	Interrogantes en cuanto al alcance de la experimentación sobre las personas a partir de las nuevas normas	107
	A. El art. 17.....	107

B.	El art. 59.....	111
C.	El art. 58.....	112
1.	Las modificaciones en la redacción del título y en el primer párrafo y el tema del alcance de las investigaciones incluidas en la norma	112
2.	Sobre la indistinción entre las clases de investigación (“terapéuticas” y “puras”) del artículo	113
3.	La falta de precisión del límite de la muerte o de graves daños en el examen de proporcionalidad de las investigaciones del inc. e).....	115
4.	¿Alteración del principio general de no disponibilidad del cuerpo humano y de no cosificación de la persona respecto de las prácticas “no comprobadas científicamente”? La cuestión en el ámbito comparado y en algunos ejemplos jurisprudenciales de nuestro país.....	116
V.	Conclusiones.....	119

CAPÍTULO IV

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO AL ACCESO AL AGUA POTABLE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Por Luciano Laise

I.	Introducción.....	121
II.	El contenido mínimo del derecho fundamental al acceso al agua potable.....	123
III.	La determinación de los “presupuestos mínimos” (I): la dignidad como clave interpretativa del contenido esencial del derecho humano al agua	128
A.	El reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana en el Nuevo Código Civil y Comercial	128
B.	Los comentarios al reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana.....	129
C.	La fundamentación de la dignidad de la persona humana en el nuevo Código	131
IV.	La determinación de los “presupuestos mínimos” (II): los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial.....	135
V.	Conclusiones.....	140

CAPÍTULO V

**LA CONFIGURACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA
INDÍGENA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.
REFLEXIONES DESDE LA DIMENSIÓN AMBIENTAL
Y DESDE LOS DERECHOS BIOCULTURALES**

Por Luciana Abreu

I.	Objeto	141
II.	Los derechos de los pueblos indígenas.....	143
III.	Fundamentos valorativos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación	146
	A. Código con identidad cultural latinoamericana.....	147
	B. Constitucionalización del Derecho Privado	148
	C. Código de la Igualdad	149
	D. Código basado en un paradigma no discriminatorio.....	150
	E. Código de los Derechos Individuales y Colectivos	150
	F. En materia de bienes.....	150
IV.	La Propiedad Comunitaria Indígena en el Anteproyecto del Có- digo Civil y Comercial de la Nación	152
V.	La propiedad comunitaria indígena en el Nuevo Código.....	156
VI.	El Convenio 169 de la OIT	158
VII.	La importancia de la cuestión ambiental	160
VIII.	Marco Teórico de las corrientes ambientalistas	160
IX.	Cosmovisión Indígena y Derechos Bioculturales.....	162
X.	Conclusión	164

ESTUDIO INTRODUCTORIO

UNA MIRADA FILOSÓFICA A LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Luciano Laise

I. LA SANCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (LEY 26.994)

El libro colectivo que integra estas páginas refleja los resultados de la investigación que produjo parte del equipo de docentes y estudiantes que integra la cátedra de Teoría General y Filosofía del Derecho a cargo del Prof. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco de un proyecto de interés institucional titulado “La protección de la persona y sus derechos en la sistemática del nuevo Código Civil y Comercial: una aproximación a algunos aspectos novedosos” (Código PIII509), acreditado y financiado por la referida Facultad, entre el año 2015 y 2016.

En efecto; ante la promulgación de la ley 26.994 mediante la cual se sanciona el nuevo Digesto privado, el Consejo Directivo de dicha casa de estudios consideró propicio promover entre su claustro de profesores y estudiantes un programa de investigación en torno de tan singular acontecimiento. Es que, como se señaló en otro lugar —también a título introductorio de otras reflexiones sobre el novel documento— dicha sanción “viene a saldar un viejo anhelo de la doctrina y de la práctica jurídica de nuestro país, que hunde sus raíces en el recordado Anteproyecto debido Bibiloni, gestado a partir del decreto 12.542 de 1926 y que encuentra en el proyecto de 1998 su penúltimo ejemplo”. Y si bien, se añadió, “no se discute —nadie podría consistentemente hacerlo— la monumental obra de Don Dalmacio Vélez Sarsfield, sin duda el máximo jurista de nuestra historia, que comenzó su andadura el 1º de enero de 1871, pronto se advirtieron —algo propio, por lo demás, de toda fatiga humana y a la que no fue ajena la propia ley 340 de sanción de aquel documento— omisiones y defectos que, sumados al paso de los años, y más allá de que el ilustre cordobés supo amalgamar tradiciones diversas, tornaron imprescindible su rectificación parcial, cuando no su reforma integral” (1).

(1) RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Presentación”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (dir.), *El Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación*, Número Especial, *Jurisprudencia Argentina*, 12, 2015.II, p. 3.

Pues bien, tras diversos intentos fallidos de concretar una modificación completa (como las precedentemente mencionadas), por un lado; y distintas modificaciones parciales que resultaron bienvenidas desde la dogmática civil; la práctica jurídica y, también, el ámbito de la filosofía jurídica (paradigmática, al respecto, la reforma de la ley 17.711 de 1968), de otro; el Decreto Nacional 191 del 28 de febrero de 2011 encomendó a una comisión de juristas presidida por el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, e integrada por las profesoras Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, la “elaboración de un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, que elevó a la Presidencia de la Nación un año después el resultado de su trabajo. De él participaron casi un centenar de juristas, a quienes la Comisión mencionó y agradeció por sus tareas en los Fundamentos del proyecto (2). El documento recibió modificaciones en el seno del Poder Ejecutivo Nacional, siendo elevado al Congreso de la Nación el 6 de junio de 2012. En éste se constituyó una Comisión Bicameral que, además de visitar distintas provincias en las que se celebraron audiencias públicas de las que se recabaron opiniones de la sociedad, introdujo otras modificaciones que, sumadas a la que se produjeron en la Cámara Alta, concluyeron en el texto finalmente aprobado mediante la referida ley 26.994 del 1º de octubre de 2014, la que dispuso (art. 7º) su entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 2016. Sin embargo, mediante ley 27.077 se dispuso su adelantamiento al 1º de agosto del año anterior.

Dicha norma nos sitúa, como se adelantó, ante un acontecimiento sobre el que corresponde reflexionar. Es que la unificación y, todavía más, la reforma (resistematización; simplificación; *aggiornamento* y, también, innovación) del grueso de la legislación privada nacional no es un dato menor. Si, como recuerda Rivera —citando a Carbonnier—, el *Code Napoléon* fue la “Constitución civil de los franceses” (3) y otro tanto lo fue para nosotros el Código de Vélez, la nueva legislación también tendrá su relevancia si se repara en la influencia que la materia civil ejerce sobre la vida cotidiana de los ciudadanos y —como se insistirá más abajo y constituye una nota relevante de las reflexiones que siguen al presente Estudio—, por la expresa “constitucionalización del derecho privado” asumida por los redactores del nuevo documento. De ahí que la nueva norma entraña desafíos inmediatos y no sencillos tanto para el práctico jurídico, cuanto para la academia, en especial respecto de aquellos aspectos que no llegan precedidos del consenso doctrinario y jurisprudencial que ostenta la gran mayoría de los temas y sobre los que resulta imperativo reflexionar.

En ese marco, quienes compusieron este libro aceptaron la convocatoria de la Facultad en la que, recíprocamente, enseñan y aprenden, presentando el proyecto ya referido, el que, como se anticipó, fue oportunamente aprobado y cu-

(2) Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación (Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011)*, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 653-654.

(3) RIVERA, JULIO CÉSAR, “La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en RIVERA, J. C. (dir.) - MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1.

Los resultados fueron explicitados en una sesión pública realizada en octubre de 2016 en el Salón (todo un símbolo) Dalmacio Vélez Sarsfield de la Facultad de Derecho, junto con las otras investigaciones también acreditadas en torno del nuevo Código, oportunidad en la que se adelantó la voluntad de presentar dichos resultados en un volumen como el presente, de modo de posibilitar una nueva instancia de diálogo y debate en torno de estos tópicos con la comunidad científica interesada en ellos. Pues bien, coordinado por el mencionado Profesor Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, formaron parte del equipo de investigación, los siguientes docentes: Luciano Laise, Abogado egresado de la UBA; Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Buenos Aires); entonces Jefe de Trabajos Prácticos en dos de las comisiones de Teoría General del Derecho de la señalada cátedra a cargo del Prof. Rabbi-Baldi, quien revista en la actualidad como Profesor Asociado de Teoría del Derecho en la Universidad de La Sabana, Colombia; Maximiliano Consolo, Licenciado y Profesor en Filosofía por la UNSTA, docente investigador Categoría V de la Facultad de Derecho de la UBA, quien acaba de defender la tesis correspondiente accediendo al título de Magister en Filosofía del Derecho en la Maestría sobre la materia en la Facultad de Derecho de la UBA; Profesor Ayudante al momento de la presentación del proyecto; luego Jefe de Trabajos Prácticos y, en la actualidad, también Web Master en la cátedra mencionada; Luciana Abreu, Abogada egresada de la UBA; Especialista en Política y Derecho de los Recursos Naturales y el Ambiente por dicha universidad; Profesora Ayudante de Segunda en la cátedra aludida y, finalmente, las ayudantes Carolina Caliva y Melany Esses, quienes cursaron en su oportunidad la materia “Teoría General del Derecho” en la cátedra antes mencionada, luego de lo cual pasaron a desempeñarse como docentes de la misma.

II. FUNDAMENTO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

1. Preciado el contexto del advenimiento de la ley 26.994, los referidos docentes se plantearon investigar el tópico “La protección de la persona y sus derechos en la sistemática del nuevo Código Civil y Comercial: una aproximación a algunos aspectos novedosos”.

Dicha elección temática constituye la lógica consecuencia de la premisa central sobre la que se asienta la filosofía jurídica de la cátedra de la que participan dichos docentes: la persona es el fundamento del derecho⁽⁴⁾ o, si se prefiere, la pregunta —cottiana— acerca de “¿por qué el derecho?” o, incluso mejor, “¿para qué el derecho?”⁽⁵⁾, halla su cabal respuesta en la tarea de reconocer; garantizar y robustecer los derechos inherentes de las personas, los que constituyen el epifenómeno sobre el que se asienta la dignidad humana. Dicho de otro modo y para seguir dos antiguos y bien conocidos *dicta* romanos (“donde la sociedad, allí el derecho” por lo que “por causa del hombre existe” aquél⁽⁶⁾), cabe afirmar que todos los afanes del ordenamiento jurídico (para

(4) RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2016, 4ª, esp. cap. I (ps. 55-126).

(5) COTTA, SERGIO, *¿Qué es el derecho?*, Rialp, Madrid, 1993 (1ª ed. 1979, del italiano por J. J. BLASCO), *passim*.

(6) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 4, ps. 55 y 57.

decirlo kantianamente, todo cuanto concierne a la pregunta en torno del *quid iuris*), tienen sentido si se destinan a salvaguardar al ser humano en tanto que tal, al hombre, sin más. El Derecho, pues, encuentra su *ratio* última en esa alta misión que, en definitiva, se superpone con la pregunta —para también emplear terminología kantiana— en torno del *quid ius* (7).

Así las cosas, y como prolongación necesaria de la tesis precedente, este trabajo se abocó a indagar el concepto de persona en el nuevo Digesto, bien que no en abstracto, sino a la luz de ciertos institutos, clásicos unos; novedosos otros; algunos de los cuales se concretaron en el articulado, lo que no aconteció (o solo lo fue de manera embrionaria) en los restantes, dando pie, en todos los casos, a un rico contrapunto de pareceres que, es claro, recién está dando sus primeros pasos y dentro los cuales procuran ubicarse las presentes reflexiones. Dichos tópicos son los siguientes: (a) la recepción y el contenido de los denominados “derechos personalísimos” y, en especial, el concepto de dignidad humana que está en la base de aquéllos; (b) el tratamiento dado a las personas con capacidad restringida en el marco de las normas sobre esa materia; (c) lo concerniente a los actos de investigación y experimentación sobre el ser humano y (d) las relación entre persona y medio ambiente, la que se planteó desde una doble perspectiva: el derecho fundamental al agua y el vínculo de las comunidades indígenas con la propiedad.

La elección de los tópicos recién señalados no es caprichosa. Ella envuelve aspectos de especial relevancia para el porvenir del ser humano, algunos de ellos ni siquiera pensados por Vélez (mucho menos plasmados en su monumental obra), tal el aludido bajo la letra (d); otros, solo insinuados en ella (como los agrupados bajo las letras (a) y (c)) y el restante (b), si bien abordado en el anterior Código, requería de un drástico replanteamiento, aun cuando esa reconsideración no traicionará, si se miran las cosas con cierta atención, la razón de ser sobre el que se había estructurado el viejo Código. Estas últimas consideraciones conllevan, a juicio de los autores de este trabajo, dos proposiciones de la mayor relevancia.

La primera, es que una observación de los fundamentos últimos del nuevo Digesto revelaría que los cambios supuestamente paradigmáticos por él introducidos no son tan novedosos como una primera consideración podría concluir en razón de que, tanto de lo que emerge de los Fundamentos del Proyecto (8), cuanto de su articulado, según se verá a lo largo de estas páginas, aquél se asienta sobre los cimientos planteados por Vélez Sarsfield en su Código Civil. No se advierte, pues, en cuanto concierne al concepto de persona, una contradicción entre lo que postulaban, v.gr., los arts. 30, 51, 70 o 72 del viejo documento y los que, por ejemplo, emergen de los arts. 14, 17, 18, 19 o 22 siguientes y concordantes del nuevo texto.

(7) KANT, EMMANUEL, *Le conflict des facultés* (del alemán por J. GIBELIN), Vrin, París, 1973, p. 23.

(8) Cfr. “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, nota 2, esp. ps. 440-442.

Y, la segunda, consiste en que, como es obvio, el tiempo transcurrido desde 1871 a la fecha no pasó sin consecuencias por lo que muchos institutos, como se advirtió más arriba, requerían de una actualización; otros, de una genuina corrección o sustitución y otros, finalmente, de una profundización y desarrollo de muchos de sus planteamientos, acorde con las exigencias de la hora presente. Y esa tarea es, según creemos, la emprendida por el nuevo Digesto en cuanto concierne a las nociones aquí estudiadas. En efecto, no resulta posible negar que en Vélez estuviera ausente la noción de dignidad humana, mas no es menos claro que ella no aparece tematizada, en cuanto tal, en el viejo Código, tal y como lo pone de relieve Maximiliano Consolo en el cap. I. De igual modo, no parece necesaria una argumentación sofisticada para concluir que muchas de las respuestas velecianas al tema de la capacidad —indiscutidas en su tiempo— resultan incompatibles con su fino planteamiento sobre el concepto de persona presente, v.gr., en el citado art. 51, lo cual exigía ser replanteado de modo radical, tal y como acontece ahora en el nuevo Código, según es puesto de relieve por Carolina Caliva y Melany Esses.

Asimismo, lo concerniente a la investigación sobre las personas, consecuencia de los avances en el ámbito de las ciencias médicas, constituía un tópico ausente a la época de la redacción de la obra de Vélez que, por lo mismo, requería de un tratamiento que diera cuenta de cuanto acontece en la actualidad, bien que, una vez más, si las respuestas han de brindarse en la línea del resguardo de la dignidad humana, ésta no puede soslayar la concepción de persona que fluye del Código de 1871, según es planteado en el cap. III por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas. Finalmente, es claro que la hoy desafiante cuestión ambiental estuvo fuera de la reflexión social e intelectual de la época de Vélez, por lo que lo concerniente al derecho de acceso al agua potable —connatural a todo ser humano—, o al examen del modo de vincularse con la naturaleza por parte de las comunidades originarias de nuestro país —aspecto que recién se explicita con la ley 23.302 (1985) y, de modo más preciso, con la reforma constitucional de 1994—, solo ahora encuentre el tratamiento que corresponde. No obstante, como es sabido, ninguno de estos aspectos logró —cuanto menos de manera explícita en el primer caso, y de modo desarrollado en el segundo— penetrar en el nuevo Digesto, conforme se examinará en los caps. IV y V por medio de Luciano Laise y Luciana Abreu.

2. Ahora bien, como surge del título de este Estudio y de algunas de las consideraciones precedentes, la perspectiva de análisis de estos trabajos no es meramente dogmática, sino que, partiendo de ella y sin olvidar tampoco la insoslayable dimensión jurisprudencial (que es clave en la concepción intelectual de quienes integran esta obra en tanto actúa, como escribía Betti, de nexo entre tradición y norma; entre teoría y práctica (9)), se propone dar cuenta de la fundamentación última que exhibe el documento sancionado mediante la ley 26.994 en cuanto concierne al concepto de persona. Se trata, pues, de detectar cuáles son las notas fundamentales de la concepción filosófica sobre la

(9) BETTI, EMILIO, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (del italiano y prólogo por JOSÉ L. DE LOS MOZOS), EDERSA, Madrid, 1975, p. 77.

que se asienta dicho concepto en el nuevo Código unificado y de qué manera aquél impacta en algunas de las innovaciones que éste introduce o que (en razón de los cambios o supresiones experimentados en el proceso de su conformación), como se anticipó, apenas insinúa. Pues bien, esta última apertura a una dimensión filosófica requiere de algunas precisiones que se efectuarán en lo que sigue.

En primer término, conviene insistir que, para los redactores de este volumen, el pensamiento filosófico no se genera en el vacío sino desde la tradición. En efecto; la tarea de la filosofía es pensar su propio tiempo a partir de problemas que le son heredados y que se concretan en tópicos diversos (como los que se han mencionado precedentemente y que aquí se estudiarán), los cuales desafían o interpelan a dicha tarea de pensamiento. Esto, por cierto, no implica adscribir a una posición acrítica respecto de la tradición heredada, en tanto —volvemos a Kant— cabe a la Razón la tarea de poner en crisis y, si correspondiera, superar el *statu quo* recibido (10). De ahí que lo que con la precedente afirmación se intenta poner de relieve es que no creemos posible pensar los problemas filosóficos por fuera de la historia y, por tanto, al margen o prescindiendo de lo que otros autores han analizado de los tópicos objeto de la investigación aquí encarada (11).

En segundo lugar, si aceptamos que la misión de la filosofía —en general— es pensar su propio tiempo, pues entonces la filosofía del derecho es un capítulo o segmento especial de ella que ha de atender a los problemas jurídicos de su época. Y en este punto, más que ceñirnos a debates iusfilosóficos de escuela, de suyo ajenos a prácticos y dogmáticos del derecho, lo que pretendemos en esta investigación es abordar los tópicos precedentemente mencionados, para seguir a Martínez Doral, desde diversas “perspectivas formales de conceptualización” (casuística; científica y filosófica (12)) que, empero, resultan complementarias para comprenderlos y, desde esa lógica, como si se tratase de una espiral que asciende en la vía del conocimiento, arribar a la noción de persona que late detrás de aquellos tópicos.

A nuestro juicio, la precedente, constituye una apreciación de índole metodológica de la mayor relevancia. En este sentido, es preciso remarcar que la mirada iusfilosófica ha de partir de la experiencia jurídica para remontarse a sus causas más originarias y, de esta manera, lograr ofrecer una justificación radical. No se trata de explicar la causa inmediata de las novedades que introdujo el

(10) KANT, “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”, *Kants Werke*, Akademie-Textausgabe, Band VIII, Walter de Gruyter und Co., Berlín, 1968. Puede consultarse, en versión castellana, entre otras, en *Crítica de la razón pura. ¿Qué es la Ilustración?*, introducción y comentarios de M. CAMPILLO y M. RAMOS VALERA, traducción a cargo de J. B. LLENALES, Universitat de Valencia, Valencia, 1990.

(11) Sobre la relevancia de la “tradición” para cualquier investigación científica, reenviamos a las páginas, acaso insuperables, de GADAMER, HANS GEORG, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960 (se cita según la traducción castellana de la 4ª ed. —1975— por A. APARICIO y R. DE AGAPITO, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, t. I, Salamanca, 1977, ps. 331-415).

(12) MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1963, *passim*.

nuevo Código. Este punto de vista es el espacio propio de la dogmática civilista. Una mirada filosófica, en cambio, pretende remontarse a la causa más profunda que motivó tal cambio y que, en último término, es la que ofrece base justificatoria —o no— a tales innovaciones. Así, lo que pretende el filósofo del derecho es, como se anticipó, dar cuenta del porqué de la realidad jurídica. Y esto tiene una importante consecuencia: permite que la filosofía jurídica tenga un “banco de pruebas” para examinar sus planteamientos teóricos. De ahí que la filosofía del derecho no está desconectada de la dogmática sino que precisa de ella para no discurrir sobre problemas que jamás alcanzan a tocar la realidad. Pero, al mismo tiempo, la filosofía jurídica complementa y le brinda relieve teórico a la dogmática en tanto permite justificar sus principios más básicos y, sobre todo, explicar su sentido último. Es que, para volver a una idea ya anticipada, el *quid ius* no se entiende sin el *quid iuris* y viceversa. La pregunta por el Derecho, en efecto, no es independiente de la pregunta acerca, en cuanto aquí interesa, del Derecho Civil, de donde, la consideración de la persona como fundamento del Derecho (de todo el Derecho) exige reflexionar acerca de la concreción de ese concepto en sede, para seguir la investigación en curso, del derecho civil.

Sobre tales bases, resulta nítido que este enfoque metodológico pone en tela de juicio la tajante separación entre filosofía del derecho y dogmática (civilista, en este caso). Para los autores de este estudio, dicha separación, si es que alguna vez fue posible —extremo del cual tenemos serias dudas—, hoy resulta enteramente desaconsejable. La apertura a un sistema jurídico integrado no sólo por reglas sino también por principios; la constitucionalización del derecho privado (a la que de inmediato se hará una nueva referencia) que embebe a todo el nuevo Código Civil y Comercial, o la expresa alusión a un concepto de una cargada tradición filosófica como el de dignidad, por tomar solo algunos botones de muestra, parecen darle la razón al sabio adagio que se atribuye a Bertrand Russell, según el cual “no hay nada más práctico que una buena teoría”. O, lo que es lo mismo, una buena teoría —mejor aún, una consistente filosofía jurídica— nos permitirá alcanzar un nivel comprensivo mucho más profundo de nuestras prácticas jurídicas en general y, en cuanto aquí ha sido materia de esta investigación, de algunos institutos vinculados con el nuevo ordenamiento jurídico-privado.

Por último, un abordaje iusfilosófico de ciertos tópicos desarrollados o, a la postre, insinuados en el nuevo Código, halla sustento en una tesis que ha asumido la dogmática civilista de modo creciente y que enlaza, de lleno, con la filosofía jurídica que alienta a los autores de estas páginas: la tantas veces mencionada *constitucionalización del derecho privado*. Como parece claro de cuanto hasta aquí se viene diciendo, dicha tesis —que entraña concebir las instituciones (en este caso, las civiles) a la luz de las constituciones nacionales— no es, solamente, asumir el perceptible reconocimiento de la jerarquía constitucional de determinados aspectos que conciernen típicamente al derecho privado (v.gr., las relaciones de consumo o la propiedad comunitaria indígena), sino, y de modo decisivo, considerar la entera realidad jurídica *sub specie* de los derechos fundamentales que son inherentes a la persona humana en razón, precisamente, de su dignidad. Este nuevo paradigma —que reserva a la persona

humana un lugar central en el quehacer jurídico—, si bien planteado desde el programa constitucional de 1853, no se “internaliza” en la práctica jurídica y en las reflexiones teóricas sino, acaso, desde el desarrollo de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos posteriores a la Segunda Gran Guerra. Con todo, la práctica constitucional argentina, a través de la vigorosa jurisprudencia del Alto Tribunal, lo ha reconocido desde siempre, habiéndolo tematizando de forma cada vez más desarrollada (13). Ejemplo de ello es el conocido *dictum* acuñado en el ya clásico precedente “Bahamondez”: “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (14). Siguiendo tal orden de ideas, se puede apreciar que la totalidad del ordenamiento jurídico debe afanarse por resguardar y optimizar, tanto como resulte posible —para seguir la también conocida expresión de Alexy (15)—, los derechos fundamentales que le son inherentes a la persona humana.

El nuevo Código no es ajeno a la perspectiva recién expuesta sino que, en verdad, la asume por completo y desde los primeros artículos que se presentan en su “Título Preliminar” llamado, según rezan los Fundamentos del documento, a servir de “guía” no solo del Código unificado, sino de la totalidad de las normas del derecho privado, respecto de las cuales, se reconoce, aquél posee un “efecto expansivo” o irradiador (16). Así, ya el art. 1º expresa que los “casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, *conforme con la Constitución Nacional*” (énfasis añadido). Aún más, esa norma añade que también deben tenerse presente “los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, lo que viene a reforzar la mencionada centralidad de la persona, ya que tales instrumentos —algunos con rango constitucional pero todos con jerarquía supralegal— son normas exclusivamente abocadas a la protección de los “derechos esenciales” de las personas, como se lee en el Prólogo del Pacto de San José de Costa Rica. En otras palabras, el nuevo Código ubica en primera línea la idea de que la totalidad del ordenamiento jurídico privado ha de quedar sujeto a lo que cabría sintetizar bajo el par “control de constitucionalidad-control de convencionalidad” y esto, en última instancia, remite al reconocimiento del lugar central que en ese horizonte tiene la persona humana, en tanto portadora de ese haz de “derechos esenciales” que

(13) Cfr. al respecto RABBI-BALDI CABANILLAS, “Argentina: El derecho natural en la jurisprudencia sobre garantías constitucionales de la Corte Suprema (1888-2008)”, en RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, ps. 411-440, con bibliografía a otros trabajos del autor sobre esta temática.

(14) CSJN, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Fallos 316:479 (1993), consid. 12 del voto concurrente con la mayoría de los jueces Barra y Fayt, luego reiterado, entre otros, en Fallos 323:3229 y 327:3753.

(15) Cfr., por todos, ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. y estudio introductorio de C. BERNAL PULIDO), 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, esp. ps. 67-68.

(16) “Fundamentos...”, nota 2, p. 445.

no son sino la manifestación de su dignidad que la torna, para decirlo con Kant, tal y como se profundizará en el cap. I, un “fin en sí mismo” (17).

III. ESTRUCTURA DE LA OBRA

El volumen se compone de cinco capítulos. El primero ha sido escrito por Maximiliano Consolo (“El uso del término dignidad en el debate parlamentario de la Cámara de Senadores para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Tras una búsqueda del sustrato filosófico del art. 51”) y se propone examinar el concepto de dignidad receptado por el mentado artículo a propósito del reconocimiento, en dicha norma, de la “inviolabilidad de la persona humana”, a partir del debate habido en el Honorable Senado de la Nación al tratar el nuevo Código.

En primer lugar, el autor se plantea la hipótesis de que aquella podría estar inspirada en la célebre noción kantiana de la dignidad humana, para lo cual examina dicho concepto a partir de una obra poco divulgada que recoge las lecciones de clase del filósofo de Königsberg sobre el “Derecho Natural” durante el semestre de verano de 1784: el *Naturrecht Feyerabend*. En dicha obra, considera Consolo, se establece con nitidez que “la definición de persona está íntimamente relacionada con el concepto de dignidad el cual refiere a un valor intrínseco de la persona que se fundamenta en la libertad”. De seguido, el estudio pasa al examen de campo, relevando cuantitativamente el uso del término dignidad en los discursos en dicha cámara, pudiendo contrastar la hipótesis de modo positivo en un 50% de los casos analizados. Finalmente, en lo cualitativo, arriba a las siguientes conclusiones: a) no hay un uso al modo kantiano del término, como el autor sospechó en un principio, sino solo ciertos componentes de la concepción kantiana del vocablo dignidad; b) se advirtieron algunos elementos implícitos en la definición del concepto de dignidad que tienen su origen en la tradición judeo-cristiana, más allá de que no se hizo referencia a la concepción del hombre como *imago Dei*; c) existe una doble referencia al concepto de dignidad en tanto derecho y en tanto fundamento de derechos y d) más allá de la falta de precisión conceptual recién advertida, se considera que la introducción del mentado art. 51 constituye “una herramienta que permitirá resguardar de modo más eficaz los derechos del hombre y, por consiguiente, a que sea tratado como un fin en sí mismo, como un ser íntegro y digno, en definitiva, como una persona”.

El segundo capítulo fue redactado por Carolina Caliva y Melany Esses. El trabajo, que lleva por título “La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales”, estudia la cuestión relativa a las personas con capacidades diferentes, aspecto que mereció un amplio; novedoso y dinámico tratamiento en el nuevo Digesto, el que se ubica claramente en línea con el resguardo de la ya referida dignidad humana.

(17) KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por E. GARCÍA MORENTE), Espasa, Madrid, 1983, ps. 85 y 87.

La investigación, tras dedicar diversas consideraciones a las relaciones entre el derecho interno y el internacional; así como el desarrollo y funcionamiento del sistema interamericano de derechos, incluida su Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectuó un examen de las principales normas vinculadas al tema (arts. 22/24; 31; 32; 35; 36; 38 o 43), así como la base filosófica en la que se apoyan, vis à vis las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Primer Documento de Observaciones Generales del Comité surgido de dicha Convención, observaciones que parecen haber dejado su impacto en el proceso de elaboración del Código, como surgiría de la modificación producida, v.gr., por el citado art. 32 y que, en conjunto, testimonian un giro copernicano en lo relativo a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, apuntando a evitar, en este ámbito, las conocidas clasificaciones acusatorias, estigmatizantes o discriminatorias.

Bajo ese marco filosófico-normativo, prima la noción de que no existen personas incapaces de derecho ni, tampoco, la vieja idea veleciana de incapacidad de obrar; que la capacidad constituye un bien “indisponible”; que en lugar de adaptarse la persona al sistema, es éste el que debe adaptarse a aquella, o que el concepto de “sustitución” (típico de la negación del ser personal del discapaz) debe abandonarse en favor de la idea de “apoyo” a aquél (lo que revela el reconocimiento de su personalidad). Lo expuesto se basa en que la capacidad no es un concepto que se aplica a “todo o nada” sino que, como venía siendo señalado por la doctrina con anterioridad a la sanción del nuevo Código (18), admite graduaciones, de donde la limitación a la capacidad es restrictiva y la presencia del discapaz es extensiva —v.gr., tiene derecho a ser oído; a participar en un proceso judicial con asistencia letrada; a recibir información adecuada a su comprensión, etc.—. Sobre tales bases, la investigación reivindica la idea de “acción” de H. Arendt entendida como “práctica reflexionada en forma voluntaria”, la que conduce, como señala agudamente la filósofa alemana, “en estos tiempos de dominio en masa”, a una “desautomatización” de modo que se reconozca, en el caso, la dignidad del discapaz. Se asume, pues, un nuevo paradigma: contra la modernidad, según la cual “las personas que no cumplían con ciertos estándares de racionalidad quedaban fuera de ser consideradas conscientes”, los esfuerzos actuales, dentro de los cuales se ubica el nuevo Código, permiten hacer lugar a las personas con discapacidad a través de un amplio abanico de medidas, algunas de las cuales se examinan en este apartado.

En el tercer capítulo, intitulado “La experimentación en seres humanos. Reflexiones a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina”, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas examina las normas que se dedican a esta decisiva y compleja cuestión, la cual, orientada a la salvaguarda y protección de la salud y de la vida de las personas a la luz de los formidables desarrollos de las ciencias médicas (ciertamente impensados en la época de redacción del viejo Digesto), empero, tiene el riesgo —si no se plantean con el debido cuidado los modos y límites de la investigación—, de terminar instrumentalizando, esto es, cosifi-

(18) Cfr. las referencias que se leen en RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del Derecho*, nota 4, ps. 120-125.

cando, a la persona, tal y como lo registran numerosos y conocidos casos de la historia. Precisamente, dichos trágicos episodios dieron pie a la confección, a escala internacional y a partir de la década del cuarenta de la pasada centuria, de ciertas normas básicas de comportamiento sobre la materia, en torno de cuyos principios bioéticos se estructuran las disposiciones del nuevo Código, las que, por cierto, se hallan precedidas y delimitadas por el alcance del art. 51, examinado, según se adelantó, en el cap. I de esta obra.

El estudio, tras plantear, en primer lugar, el vínculo existente entre el Código de Vélez y el actual en relación con el concepto de persona, examina, de seguido, el contenido de las referidas disposiciones, así como las diversas y relevantes modificaciones observadas por alguna de ellas hasta su redacción definitiva, las que, a juicio del autor, están previstas en los arts. 17, 55, 56, 58 y 59. A continuación, y luego de una breve referencia al tratamiento del tema en los principales documentos internacionales, el trabajo plantea ciertos interrogantes que suscita tanto la semántica cuanto el alcance de algunos de los textos estudiados y que pueden dejar a la intemperie los altos objetivos de resguardo de la dignidad humana sobre los que aquellos se estructuran, tal y como dan cuenta diversos ejemplos jurisprudenciales de nuestro país, a los que se acude. Así, y entre otras observaciones, se señala que la alusión a los “derechos sobre el propio cuerpo” del art. 17 puede conducir a su “propietarización”, lo que si bien es desmentido en los Fundamentos de la norma, no es claro respecto de las partes no identificables de aquél o del material destinado a investigación y sobre el que, según alguna doctrina, podría haber un “derecho subjetivo de disposición y control”. De igual modo, se ha reprochado que el art. 58 habría alterado el principio general de la no disponibilidad del cuerpo humano respecto de las investigaciones “no comprobadas científicamente”, el que deja de ser la última *ratio* para erigirse en regla, siempre que se cumpla con los recaudos que a continuación señala la norma. Asimismo, y respecto de dichos requisitos, se objeta la indistinción entre las clases de investigación (terapéutica y pura) y que la proporcionalidad que se requiere para justificar un experimento no prohíba expresamente que conduzca a la muerte de quien se somete a aquél. Igualmente, se plantea la extrema latitud de la excepción a la exigencia de consentir expresamente un tratamiento, en tanto el art. 59 la autoriza con el solo reenvío a la existencia de una “disposición legal”.

Los capítulos cuarto y quinto fueron escritos, respectivamente, por Luciano Laise y Luciana Abreu y abordan la relación persona-ambiente, de incuestionable trascendencia ante la alarmante crisis de “nuestra casa común”, a través de dos temas distintos pero interrelacionados.

En el primero (“La dignidad de la persona y los derechos de incidencia colectiva como fundamento del derecho al acceso al agua potable en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”), Laise aborda la cuestión relativa al derecho humano al agua potable, que generó gran polémica al excluirse, por parte del Poder Ejecutivo Nacional en la redacción definitiva del nuevo Código, el art. 241 que sí lo preveía. Al respecto, la investigación plantea que los reconocimientos de los derechos de incidencia colectiva (contemplado

en el art. 14, bien que su redacción originaria también fue alterada en el Poder Ejecutivo Nacional, lo que, a su vez, generó un profundo debate al interior de la doctrina (19)), y de la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana (examinado en el cap. I), permiten concluir que no se podría negar el derecho al agua a las personas en tanto los derechos de incidencia colectiva son una instancia de concretización de las exigencias que se siguen de reconocer que la persona humana tiene una dignidad inviolable, pues tales derechos exigen proteger bienes comunes que son fundamentales para concretar la dignidad de una persona como, por ejemplo, el agua —un bien ambiental y, por lo mismo, colectivo—.

De esta manera, si bien, como se anticipó, en el mentado art. 14 finalmente se redujeron las categorías de derechos colectivos que enuncia el nuevo Código —excluyéndose los derechos individuales que podrían ser exigidos por medio de una acción colectiva—, y aunque ello podría implicar algunas dificultades interpretativas en algunas materias —v.gr., derecho del consumidor—, el trabajo plantea que no parece que dicha alteración afecte a la cuestión medioambiental y, menos, en cuanto es objeto de examen particular, el derecho de acceso al agua potable. En efecto, las lesiones a bienes ambientales configuran un ejemplo paradigmático de afectaciones a derechos de incidencia colectiva por implicar bienes necesariamente colectivos o comunes. De ahí que se considera que se ha terminado por incorporar, implícitamente, el derecho humano al agua al nuevo Código, por más que se lo haya excluido de la redacción del texto final, al hallarse regulados los derechos colectivos en el referido art. 14.

A su vez, en el segundo (“La configuración de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil y Comercial. Reflexiones desde la dimensión ambiental y desde los derechos bioculturales”), Luciana Abreu trata el vínculo la propiedad comunitaria indígena y el cuidado del medio ambiente. Al respecto, la investigación plantea en primer término, críticamente, la consideración que había dado el proyecto de la Comisión de Juristas a la propiedad comunitaria indígena como derecho real, al considerar que ello no resultaría compatible con lo dispuesto a nivel constitucional (art. 75, inc. 17) por tratarse de una institución más próxima al derecho público. Desde esta perspectiva, el trabajo postula, de seguido, que más que un derecho real, que son “aquellos que ponen en relación de apropiación a un sujeto con una cosa”, el derecho a la tierra de las comunidades indígenas consagrado constitucionalmente “podría ser considerado bajo una idea de derecho biocultural”. Y es precisamente esta última apreciación la que enlaza con el aspecto ambiental del trabajo, dado el especial modo de vinculación entre la tierra y el ambiente por parte de las comunidades indígenas. De ahí que tras plantear los tres marcos de fundamentación teóricos en esta materia (conservacionismo; sustentabilidad débil y humanismo

(19) Cfr. al respecto, entre una amplia bibliografía, el comentario al art. 14 redactado por RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO y SOLÁ, ERNESTO en RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA (dirs.); ESPER, MARIANO (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 93-94 y, más ampliamente, CATALANO, MARIANA, “Los derechos colectivos en el título preliminar del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, *El Título...*, nota 1, ps. 49-54.

crítico), se aborda el vínculo cosmovisión indígena-derechos bioculturales a la luz del cual postula el tratamiento que deba darse a la propiedad comunitaria inherente a aquella cosmovisión, a cuyo respecto también se propicia considerar las directrices emanadas del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

CAPÍTULO I

EL USO DEL TÉRMINO “DIGNIDAD” EN EL DEBATE PARLAMENTARIO DE LA CÁMARA DE SENADORES PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. TRAS UNA BÚSQUEDA DEL SUSTRATO FILOSÓFICO DEL ARTÍCULO 51

Por Maximiliano V. J. Consolo

I. INTRODUCCIÓN

En una jornada preparatoria para las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se señaló que el nuevo Código mira a la persona humana(1). La afirmación se puede encontrar también en algunas de las audiencias públicas realizadas en diversas ciudades de la República Argentina por la *Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*. Esta referencia a la persona humana quedó reflejada en la parte general del primer libro. Pero, además, se puede advertir que hay una novedad que la doctrina jurídica reclamaba desde hace tiempo, esto es, un capítulo referido exclusivamente a los derechos personalísimos. Es así que a partir del art. 51 comienza la sección referida a ellos con la aseveración de la inviolabilidad de la persona humana como también del reconocimiento y respeto de su dignidad.

Desde la filosofía del derecho, disciplina desde la cual se abarcará el tema planteado, los conceptos contenidos en este artículo despiertan gran cantidad de interrogantes. A modo de ejemplo: ¿a qué se refiere con persona humana?, ¿desde cuándo se puede hablar de ella?, ¿cuál es la definición de dignidad y cuáles son los criterios para definirla? Todas estas inquietudes expresan problemas de diferente índole y se estima que no tienen respuesta desde una única disciplina sino desde una mirada interdisciplinaria. Definiciones de conceptos tales como *persona* y *dignidad* abundan por doquier en los ámbitos filosóficos, jurídicos, sociológicos y religiosos. En diferentes épocas se han escudriñado y elaborado múltiples concepciones acerca de estos vocablos como las corres-

(1) “Jornadas preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizada los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2015 en la Facultad de Derecho, UBA.

pondientes a la tradición judeocristiana, al humanismo, a Kant o a las diversas corrientes de la postmodernidad, por nombrar algunas.

De todos los problemas expresados en los interrogantes mencionados, la presente investigación se abocará a dilucidar cómo fue tratado el término *dignidad* durante la sesión en la Cámara de Senadores para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, la cual aconteció los días 27 y 28 de noviembre de 2013. Los interrogantes problemáticos conllevarán a la búsqueda de *camino*s que tratarán de conducirnos a una referencia quizá más perdurable.

El objeto de estudio del presente trabajo estará constituido por documentos, esto es, por la versión taquigráfica de la sesión parlamentaria como también por las inserciones solicitadas por los legisladores; todos ellos serán analizados mediante una metodología y desde un marco teórico que se detallarán más adelante. Dichas versión taquigráfica corresponde al Período 131º, 19º Reunión, 9º Sesión especial, 27 y 28 de noviembre de 2013.

Si bien se realizó una lectura total de la documentación, se aludirá a los párrafos seleccionados, desde los cuales se tratará de contrastar la hipótesis que se propondrá más adelante.

El objetivo principal será analizar el uso del vocablo *dignidad* en el referido debate parlamentario de modo de identificar elementos filosóficos que lo sustenten a partir de la contrastación de la hipótesis. Este objetivo será alcanzado a través de la comprensión del concepto de *dignidad* kantiano en la introducción de la obra *Naturrecht Feyerabend*, y a través de la elaboración de un dispositivo adecuado —matriz de datos— que permita recolectar, procesar y analizar la información.

La hipótesis que se tratará de contrastar será el supuesto de que *hay elementos kantianos en el uso del vocablo dignidad en el señalado debate*. Cabe aclarar que no se tratará de demostrar la hipótesis sino de contrastarla. Esta hipótesis surgió cuando una legisladora —Negre de Alonso— refiriéndose acerca de los embriones afirmó: “...si son cosas, estamos cosificando al sujeto por nacer, convirtiéndolo en un bien *útil*, olvidando lo que decía Kant: las cosas tienen precio, son intercambiables [...] mientras que lo que se halle por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene su dignidad...” (2).

Esta cita que refiere directamente al filósofo de Königsberg impulsó a pensar que podría haber elementos kantianos en la concepción de *dignidad* usada durante el debate. De modo que se emprendió esta investigación tratando de esclarecer el significado del término en cuestión y llegar a un resultado que refleje, con un alto grado de probabilidad, si el uso del vocablo contiene algunos

(2) Cámara de Senadores de la Nación; *Versión taquigráfica de la novena sesión especial de la décimo novena reunión del período nro. 131 del 27 y 28 de noviembre de 2013*. Documento pdf levantado el 5 de septiembre de 2015 del sitio <http://ccyn.congreso.gob.ar> bajo el nombre VT-2013-11-27_-ES-09.

elementos kantianos tal como a *prima facie* pareciera desprenderse de las palabras de la senadora.

Respecto a la modalidad y metodología, el enfoque del presente trabajo será de índole explicativo, implicando tanto el enfoque exploratorio como el descriptivo. En primer lugar, será exploratorio porque no se han encontrado análisis sobre el uso del vocablo referido en el tratamiento dado por los legisladores en el debate parlamentario, por lo que hay una cuota de novedad. En segundo lugar, será descriptivo ya que se realizará un análisis tanto del concepto de *dignidad* desde una mirada kantiana como de su uso en el debate.

La metodología será de tipo cuali-cuantitativo, esto es, principalmente cualitativo y secundariamente cuantitativo. Se obtendrá el material del debate parlamentario en la Cámara de Senadores a través del sitio <http://ccycn.congreso.gov.ar> perteneciente a la *Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*. Luego de leer el debate, se realizará un rastreo del término *dignidad* en todos los documentos. También se buscará no sólo el sustantivo sino los adjetivos masculinos y femeninos en singular y plural tales como *digna, dignas, digno, dignos*, y sus opuestos *indignidad, indignación, indigno, indigna, indignos, indignas*. Luego de identificar las intervenciones como también las inserciones que contengan estas palabras, se seleccionarán solamente los párrafos en los cuales están estos términos y se realizará otro rastreo de las palabras *autonomía* y *persona* que ayudará a identificar si la palabra *dignidad* incluye elementos kantianos a través de dos dimensiones: la variable *persona*, a través de las dimensiones *fin en sí mismo* y *medio*; la variable *voluntad*, a través de las dimensiones *autonomía* y *heteronomía*. Podrá acontecer que no haya ninguna variable expresada, en cuyo caso se analizará si está de modo implícita. El procedimiento radicará en la lectura y posterior análisis e interpretación de los párrafos del discurso de cada congresista para visibilizar el contexto desde el cual se nombra el vocablo estudiado con los términos remarcados, el artículo o tema del nuevo Código al que hace referencia y, finalmente, un comentario.

Como observará el lector avezado en metodología de la investigación se hará uso de un dispositivo metodológico conocido como matriz de datos en el cual se volcará la información para un análisis, como se mencionó, cuantitativo y principalmente cualitativo.

Para el análisis cuantitativo se tendrá en cuenta el nombre del congresista, su filiación partidaria, provincia a la que representa y cantidad de veces que aparecen los términos en cuestión. Todo esto estará reflejado en la matriz de datos mencionada anteriormente desde la cual se podrá entonces contrastar la hipótesis y concluir si hay elementos kantianos en el uso de la palabra *dignidad*, con lo cual la contrastación de la hipótesis será calificada de positiva o, de lo contrario, será negativa.

Para finalizar esta introducción, se considera criterioso dedicar algunos párrafos a las razones que impulsaron la elaboración del presente trabajo. Desde lo personal el tema de la dignidad fue un tópico que siempre generó

inquietudes. Los libros de historia narran algunos hechos —como los genocidios— que resultan inexplicables y que denigraron al hombre mismo. En lo personal, el Holocausto fue uno de ellos que junto al armenio generó estupor. ¿Cómo era posible llegar a ello? ¿Cómo se puede hacer un daño irrevocable a un ser humano? Se estaba violando no meramente el derecho a la vida sino también su dignidad. Se puede percibir que esos horribles sucesos se caracterizaron no sólo por el asesinato sino también por la denigración y humillación del ser humano.

Emprender un camino en busca de respuestas a estos interrogantes es desafiante y, a su vez, esperanzador ya que se estima el rol fructífero del diálogo como también que el hombre no nace con maldad. El art. 51 y ss. alienta la esperanza de poder vivir en un país de una manera más *humana*. Obviamente no es gratis ya que implica el esfuerzo por defender los derechos y la dignidad desde la cual se sustentan. De modo que el lector podrá comprender la causa del propio interés por este tópico.

Las conferencias sobre el nuevo Código asistidas durante el año 2015 hacen mención a lo que se refería más arriba, esto es, a que la persona es el centro de protección de derechos, pero no se ha encontrado un análisis sobre qué significa *persona* ni mucho menos *dignidad*. Se espera encontrar alguna respuesta en el debate parlamentario y, por ello, la dedicación en esta investigación. Aquí, el lector puede percibir la justificación de este trabajo ya que permitirá dilucidar la voluntad del legislador respecto al tópico tratado, tema no menor a la hora de interpretar las normas jurídicas. Asimismo, comprender el tratamiento del vocablo en cuestión permitirá profundizar sobre otros tópicos como por ejemplo acerca del trato digno al consumidor o temáticas de bioética, muy de moda en el comienzo de este tercer milenio.

Por último, se espera que la presente investigación permita al lector una mayor profundización sobre la temática analizada y provoque una reflexión acerca de su sistema de creencias para favorecer una sociedad democrática cristalizada por el diálogo y el respeto al otro, un otro visibilizado y no domesticado, un otro simplemente *digno*.

II. SOBRE LA IDEA KANTIANA DE DIGNIDAD DESDE LA LECTURA DE LA INTRODUCCIÓN DEL *NATURRECHT FEYERABEND*

Para contrastar la hipótesis es necesario explicitar primero el marco teórico desde el cual se extraerán las definiciones pertinentes. De ahí que se realizará una indagación sobre tres conceptos relevantes en el sistema kantiano —*persona*, *dignidad* y *libertad*— desde una fuente peculiar: la introducción del *Naturrecht Feyerabend*. Este texto surge de los apuntes tomados por uno de los oyentes —llamado Feyerabend— de las lecciones sobre derecho natural que Kant impartió en el semestre estival de 1784. El texto usado en este trabajo es una versión bilingüe (alemán-italiano) realizada por el profesor italiano Gianluca Sadun Bordoni.

La conocida definición de hombre como fin en sí mismo expresa la diferencia que se tiene respecto de los seres no racionales. A diferencia de las personas, las cosas poseen un valor determinado por el hombre en tanto son instrumentos, es decir, medios para poder alcanzar otros fines. Por su parte, el hombre no es *meramente* medio sino fin en sí mismo. Un profesor es un medio para la formación de un estudiante y, a su vez, éste es un medio para solventar, a través del pago de honorarios, la subsistencia del profesor; pero no son sólo instrumentos, sino fines en sí mismo. En esta definición de hombre como fin en sí mismo no hay una apelación a un ser superior por lo que se puede afirmar que el profesor de Königsberg tiene un punto de vista antropológico diverso respecto a las escuelas iusnaturalistas tanto clásica como también a la de su época, la cual está representada en estas lecciones por Achenwall, autor al cual se refiere implícitamente en la introducción de sus lecciones.

También sería oportuno considerar que en esta definición hay un recurso argumentativo por parte de Kant: la apelación a la absurdidad de una regresión al infinito. El sostiene que “In der Welt als System der Zwecke muß doch zuletzt ein Zweck seyn, und das ist das vernünftige Wesen” (AA:1319)(3). Kant argumenta que si ese fin último no existiera, los medios no tendrían ninguna utilidad y, por consiguiente, carecerían de valor alguno.

Ahora bien, esta definición de hombre como fin en sí mismo implica tener en cuenta que el hombre no está solo sino junto a otros seres racionales. Esto conlleva al conflicto ya que la libertad de una persona colisiona con la de otra. Por esto, surge el interrogante acerca de si la variedad de fines en sí mismo no colisionarían entre sí provocando la discordia social a tal punto de generar grandes calamidades. Kant es muy consciente de este problema, sobre todo porque vive en una época donde las guerras diezman la población generando miseria. Por ello, piensa que en ese mundo o sistema de fines debe haber una armonía tal que la libertad de uno no obstaculice la del otro. Siguiendo la lectura, a continuación se transcribe lo que se considera el párrafo más importante:

Der Mensch nemlich ist Zweck an sich selbst, er kann daher nur einen innern Wert d: i: Würde haben, an dessen Stelle kein Aequivalent gesetzt werden kann. Andre Dinge haben äußern Werth d. i. Preis, dafür ein je-

(3) “En el mundo como sistema de fines debe existir un fin último, y este es el ser racional”. El texto se extrae de KANT, “*Naturrecht Feyerabend*”, en SADUN BORDONI, GIANLUCA, “*Kant e il diritto naturale. L’Introduzione al Naturrecht Feyerabend*”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, nro. 2, 2007, ps. 201-282. La edición del manuscrito que usa Sadun Bordoni es la de la Biblioteca de la Academia de Danzig. Se seguirá su forma de citar que consiste en usar la sigla AA (Akademie Ausgabe) seguido del número de página correspondiente al tomo xxvii, 2.2, Berlín, 1979 de *Kants gesammelte Schriften*. Véase p. 229. La traducción de los fragmentos debe ser considerada meramente como guía, no pretende constituir una traducción exegética de la fuente citada; existe una traducción reciente de Macarena Marey y Nuria Sánchez Madrid: “La “Introducción” a las Lecciones sobre derecho natural de Kant anotadas por Feyerabend”, en *Con-Textos Kantianos. International Journal of Philosophy*, nº 3, junio 2016, pp. 391-414. ISSN 2386-7655. Se advierte al lector que hay una edición crítica de la totalidad de estas lecciones anotadas por Feyerabend en tres volúmenes del tomo 30 del Kant Index (Frommann Holzboog) realizada por Heinrich Delfosse, Norbert Hinske y Gianluca Sadun Bordoni en 2010 y 2014.

des Ding, das zu eben den Zweck tauglich ist, als Aequivalent gesetzt werden kann. Des Menschen innrer Werth beruht auf seiner Freiheit, daß er einen eignen Willen hat. Weil er der letzte Zweck seyn soll; so muß sein Wille von nichts mehr abhängen (AA: 1319)(4).

Entonces, la causa por la cual el hombre es un fin en sí mismo se debe a que posee un valor intrínseco a él, que es la *Würde* (dignidad). Pero, a su vez, este valor intrínseco tiene como fundamento la *libertad* la cual, según el profesor alemán, es la condición por la cual el hombre es un fin en sí mismo; en otras palabras: la libertad es requisito ya que es el fundamento de la dignidad la cual es el valor intrínseco del hombre constituyéndolo en fin en sí mismo. Se puede apreciar claramente la interrelación de los conceptos de *persona*, *dignidad* y *libertad*.

El hombre al ser un fin en sí mismo tiene una voluntad propia, esto es, una voluntad que no depende de otra. Es por ello que el hombre no puede ser tomado *meramente* como medio. Pero, como se mencionó anteriormente, existen muchos fines en sí mismo conformando una sociedad, entonces ¿cómo mantener un orden social? Aquí surge la importancia del derecho como instrumento que permite limitar la libertad según una regla universal la cual constituye el principio general del derecho. Se trata de una regla universal por la cual se posibilita que las libertades de cada persona coexistan.

Esta preocupación sobre la coexistencia de las libertades refleja el tema de si la voluntad está determinada por leyes universales como acontece con los animales. Kant sostiene que el hombre libre sin límite alguno, sin norma, sería terrible ya que, en tal caso, haría lo que quisiera y consecuentemente conllevaría a que ninguno gozara de la libertad. Por ello, afirma que “*Vor dem wildesten Thiere dürfte man sich nicht so fürchten, als vor einem Gesetzlosen Menschen*” (AA:1320)(5), algo parecido a lo que siglos atrás afirmaba Aristóteles en su *Política* al decir que “...así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos” (6). Sadun Bordoni señala que la concepción del derecho como límite de la libertad es rescatada por Kant del filósofo Hobbes a través del *De jure naturae et gentium* de Pufendorf “*omnimodam libertatem humanae naturae esse inutilem ac perniciosam*” (7). Esto explica la necesidad señalada por Kant de salir del estado de naturaleza a través de la constitución de un orden civil. Contrariamente a lo que pensaba el ginebrino Rousseau, el filósofo prusiano sostiene la idea de

(4) “El hombre es un fin en sí mismo y por tanto puede tener sólo un valor intrínseco, esto es, tener dignidad, ningún equivalente puede ser puesto en su lugar. Las otras cosas tienen un valor extrínseco, esto es, un precio, donde cada cosa que es igualmente funcional a un cierto fin, puede ser tomada como equivalente. El valor intrínseco del hombre se funda en su libertad, en el hecho de que él posee una voluntad propia. Dado que él debe ser el fin último, su voluntad no debe depender de ninguna cosa”.

(5) “El animal más feroz no sería de temer tanto como un hombre sin ley”.

(6) ARISTÓTELES, *Política*, Introducción, traducción y notas de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez. Alianza. Madrid, 1999, 1253a.

(7) SADUM BORDONI, *op. cit.*, p. 243, nota 9.

que el hombre es malo en ese estado de naturaleza. Entonces, la tendencia a asociarse no se encuentra —según Kant— en la naturaleza humana.

Ahora bien, ¿la libertad no podría ser limitada a través de leyes naturales? Kant responderá de forma negativa. Si se afirma que el hombre es libre y que esta libertad es limitada por leyes de la naturaleza esto conllevaría a una contradicción ya que el hombre no sería en realidad libre. Es por ello que el ser humano debe darse la ley, esto es, darse ese límite desde sí mismo. Y sólo un ser racional puede ser un fin en sí mismo. Aquí se aleja de la visión aristotélico-tomista donde la definición de hombre como animal racional implica tomar la racionalidad como característica propia de la especie. La razón no es la causa de que el hombre sea un fin en sí mismo, y por ende, no da la dignidad. Y esto es porque:

Würde unsre Vernunft nach allgemeinen Gesetzen eingerichtet seyn, so wäre mein Wille nicht mein eigener, sondern der Wille der Natur. Wenn die Handlungen des Menschen im Mechanism der Natur liegen; so wäre der Grund davon nicht in ihm selbst, sondern außer ihm. Die Freiheit des Wesens muß ich voraussetzen, wenn es soll ein Zweck vor sich selbst seyn (AA:1322) (8).

Aquí surge un dato importante a tener en cuenta. El filósofo sostiene que debe *presuponer* la libertad ya que para él es una hipótesis necesaria para pensar a los seres racionales como fines en sí mismo. Y más adelante afirma que la libertad no sólo es condición suprema y necesaria sino también suficiente. Por el contrario, los animales obran estimulados por los sentidos, por lo tanto, su accionar está determinado. Si el ser humano se guiara sólo por ellos, éstos determinarían su voluntad. Entonces se vuelve a lo que se refería más arriba, la condición por la cual una persona puede ser un fin en sí misma es “*Daß die Freiheit sich selbst ein Gesetz sey.*”(AA1322) (9), que la libertad se dé a sí misma la ley. Kant reconoce que esto es difícil de comprender y que todos los que en su época enseñaban Derecho Natural han estudiado en vano este tópico. Como se puede observar hasta aquí hay una constante crítica al iusnaturalismo de su época. Por su parte, él propondrá su propia versión.

Para superar esa dificultad, el profesor alemán establece que las leyes de la voluntad son todas de índole práctica y que tienen una necesidad de dos tipos: objetiva o subjetiva. Las leyes objetivas de la voluntad son aquellas reglas de una voluntad que es en sí misma buena mientras que las segundas son reglas según las cuales una voluntad obra realmente. Por ende, en el hombre no hay una correspondencia entre las leyes objetivas y subjetivas. Ahora bien, la regla objetiva del querer aplicada a una voluntad humana es denominada por Kant bajo el nombre de *imperativo*. Y un “*Imperativ ist ein Gesetz sofern es einen nicht*

(8) “Si nuestra razón estuviera dispuesta según leyes generales, entonces mi voluntad no sería mía sino la voluntad de la naturaleza. Si las acciones del hombre residieran en el mecanismo de la naturaleza, la razón de aquel no estaría en él, sino fuera de él. Debo presuponer la libertad del ente, si éste debe ser un fin en sí mismo”.

(9) “Que la libertad sea para sí misma una ley”.

an sich guten Willen nöthigt..." (AA:1323) (10), y necesita de la coerción debido a que en el hombre no hay correspondencia entre las dos leyes ya que puede obrar en contra de la ley objetiva de la voluntad. Se puede observar que la postura kantiana se encuentra totalmente alejada de aquella del escocés David Hume.

El tema del imperativo implica la introducción de uno de los conceptos más complejos de este texto: *Neceßitation*. Este vocablo se podría traducir como *necesitación* aunque se debe advertir que no se encuentra en la RAE. Sadun Bordoni ayuda a comprender este término advirtiendo la distinción entre *Neceßitation* y *Nothwendigkeit*, *necesitación* y *necesidad*. Para Kant, un ser como Dios elige de forma necesaria el bien sin coerción alguna mientras que el hombre lo elige de modo contingente, esto es, necesita de esa coerción, de una orden o mandato, de una *Neceßitatio*. Entonces, para salir de esa contingencia se requiere salir del estado de naturaleza y *subordinarse* a una ley de la libertad (11). Como para Kant la coacción es una coerción para cumplir una acción desagradable se necesita algo que determine la voluntad. Así, "*Die praktische Gesetze können daher auch Zwang seyn, auch wenn der Mensch ungern etwas thut; so muß ers doch thun. Ich soll das thun, heißt eine durch mich nothwendige Handlung würde gut seyn*" (AA:1323) (12). Esto no implica que necesariamente el hombre hará lo que manda la regla objetiva ya que tiene principios subjetivos que lo impelen a conductas contrarias. Entonces "*Ich stelle mir daher jene als nothwendig vor*" (AA:1323) (13). Esta necesidad práctica que es la *Neceßitation* es un imperativo.

Kant señala tres clases de imperativos: el técnico, el pragmático y el moral, las cuales son reglas de la *Geschicklichkeit* (habilidad), de la *Klugheit* (prudencia) y de la *Weisheit* (sabiduría o sagacidad). La primera clase de imperativo ordena cualquier cosa como simple medio para un fin que es simplemente posible y arbitrario, esto es, la acción técnica tiene como objetivo fines que tienen la característica de ser discrecionales y, por esto mismo, son condicionales. La segunda clase está constituida por aquellos imperativos que prescriben los medios para un fin general, esto es, a un principio subjetivo del querer buscado por todos los hombres: la felicidad. Considerando que la acción pragmática del hombre está en pos de conseguir la felicidad y que esto es un mandato bajo la

(10) "Un imperativo es una ley en cuanto coerciona una voluntad que no es buena en sí misma". Aquí se aclara que se traducen los términos *Nötigung* como *coerción* y *Zwang* como *coacción* siguiendo el criterio de Sadun Bordoni. Véase SADUN BORDONI, *op. cit.*, nota 51, p. 267. La primera se la significa como presión sobre alguien para forzar su voluntad o conducta. La segunda como fuerza o violencia sobre alguien para obligarlo a hacer algo determinado. Se sigue el uso que le dieron en la traducción de la *Crítica de la Razón Práctica* Manuel García Morente (quien usó el término *compulsión* para *Nötigung* y *coacción* para *Zwang*) y de Roberto Rodríguez Aramayo (quien usó los términos *apremio* y *coacción* respectivamente). No se sigue a Dulce María Granja (quien usó los términos *coacción* y *coerción* respectivamente) de quien se toma la tabla de correspondencias de traducción de términos que se encuentra al final de su traducción de la *Crítica de la Razón Práctica*.

(11) SADUN BORDONI, *op. cit.*, nota 29 de p. 257.

(12) "Las leyes prácticas pueden entonces ser también una coacción; aunque si el hombre cumple cualquier cosa de manera disconforme, todavía debe hacerlo. Debo hacerlo significa que una acción para mí necesaria de cumplir sería buena".

(13) "Me represento aquella acción como necesaria".

condición de un fin real, Kant se aleja de las teorías eudemónicas tales como la aristotélica. En estas dos últimas clases de imperativo, las consecuencias positivas que se obtienen por la obtención de un bien determinado son pasibles de una valoración determinada, esto es, tienen un valor que puede ser sustituido por otra cosa equivalente. Por último, y la más relevante, la tercera clase está conformada por mandatos que ordenan la acción tomándola como fin en sí misma, esto es, considerándola no como medio para un fin propio, más allá que al cumplirla reditúa consecuencias positivas o negativas, “*Es bleibt doch noch immer ein Gesetz*” (AA:1324) (14). Aun en el caso de que no se la siga, la ley seguirá siendo digna de respeto. Aquí se percibe la presencia del bien incondicionado y “*Die Wohltat ist an sich viel mehr werth, als das Gute, was ein Wohlthäter dadurch erreicht...*” (AA:1324) (15). Entonces, en este último tipo de imperativo no puede reducirse o determinarse un valor por el cual se pueda sustituir algo con alguna otra cosa; es, por tanto, incondicionado.

Por consiguiente, los dos primeros imperativos son condicionados y, por tal motivo, son denominados como *Hypothetische* (hipotéticos). Éstos pueden ser de dos tipos: el primero es el *problematisch* (problemático) como el de la habilidad mientras que el segundo es *asertorisch* (asertórico) como el pragmático. El tercer tipo de imperativo —denominado por Kant como *Categorisch* (categórico)— es incondicionado y es *apodictisch* (apodíctico), esto es, manda sin una condición empírica, fuera del ámbito de las leyes de la naturaleza. El imperativo categórico conlleva obligación, coerción moral a una acción y “*Die Handlung wozu ich durch moralische Gesetze genöthigt werde, ist Pflicht*” (AA:1325) (16). La moral no puede surgir entonces de alguna inclinación ya que ésta no puede proporcionar un fundamento seguro al ser de condición mutable. Por consiguiente, “*Eine moralische Handlung hat nicht, wenn sie aus Neigung, sondern wenn sie aus Pflicht entsteht, einen Werth*” (AA:1326) (17). Para Kant, sólo la acción tendrá valor moral cuando no tenga una mínima influencia de algo que provenga de la afectividad, esto es, debe tener un fundamento ajeno a todo influjo de los sentimientos, distanciándose claramente de todas las teorías empiristas de su época como la del mencionado David Hume. Entonces, se obra en base al deber y por *respeto* a la ley moral la cual por sí misma determina a la voluntad. Sadun Bordoni refiere que el respeto no debe ser interpretado como un sentimiento recibido de una acción del exterior sino como un producto que la razón se da a sí misma, como la conciencia de la subordinación de la voluntad a una ley sin mediación alguna de la afectividad (18).

La obligación es según Kant la *Necefsitation* moral de la acción. Como la voluntad no es en sí misma buena depende de un principio de autonomía, esto

(14) “La ley permanece como tal”.

(15) “La buena acción es en sí de más valor que el bien que pueda obtener el que cumple la buena acción”.

(16) “La acción a la cual soy coaccionado por leyes morales es deber”.

(17) “Una acción moral no tiene valor cuando surge de una inclinación, sino cuando surge del deber”.

(18) SADUN BORDONI, *op. cit.*, nota 55 de p. 169.

es, de leyes prácticas objetivamente necesarias. De este modo, el deber es la necesidad objetiva de una acción en base a la obligación (AA:1326). Las acciones no deben estar influenciadas por inclinaciones las cuales se cumplen no por el deber sino por un sentimiento como por ejemplo de placer. Así, el valor debe residir en el mismo deber y no en la afectividad. La ley no *nöthigt* (coerciona) en sí misma por medio de los sentimientos y/o emociones, sino en base del respeto por el cual *se apartan* la propias inclinaciones (19). Así, Kant se aleja de las posturas de Achenwall y de Baumgarten quienes sostienen las obligaciones a través de las penas, esto es, se obliga a alguien realizar una acción determinada a través de un castigo. Kant afirma que esto es una *contradictio in adjecto* debido a que el hombre obedece en función del miedo al castigo o a la pena. De este modo, se puede ser *zwingen* (coaccionados) a realizar cosas que no son de hecho obligatorias. El hecho por el cual una ley sea respetada por sí misma y coercione a un ser racional que es fin en sí mismo implica que su voluntad *deba ser* libre. Si ésta fuera determinada por las inclinaciones naturales entonces no lo sería. La voluntad del hombre es determinada por la ley en cuanto ley. El hombre es libre por su capacidad de darse a sí mismo la ley.

El respeto a la ley se fundamenta en que la universalización de la máxima de la acción sea la posibilidad sobre la cual la acción pueda valer bajo leyes universales. Kant trae a colación el caso de la devolución del préstamo afirmando que se podría no devolver y más aun en el caso de que el acreedor falleciera y nadie supiera del préstamo, pero la afirmación “cada uno puede quedarse el dinero habido de un préstamo sin devolverlo” no podría devenir en una ley universal ya que conllevaría a que no existieran más depósitos. Así, la voluntad no debe existir sin frenos y, por ello, requiere que sea limitada por leyes. En este caso, pagar es un deber y la obligación es la relación a la ley, al contrato en este ejemplo. De este modo, “*Legalität ist Übereinstimmung der Handlung mit der Pflicht*” (AA:1327) (20) independientemente de que el fundamento sea el deber mismo o no. Por otro lado, Kant define a la *Moralität* (moralidad) como la conformidad de la acción con el deber en cuanto el fundamento que determina la acción es el mismo deber y no alguna inclinación originada en la afectividad.

De esto último se deriva que la ética sea la ciencia del juicio y de la determinación de las acciones según su moralidad. En cambio, el *Jus* es la ciencia del juicio de las acciones según su legalidad, y esas acciones pueden ser *erzungen* (forzadas). La acción es recta cuando está en acuerdo con la ley, virtuosa cuando surge del respeto por ella. Así la virtud es la intención del obrar en base al deber y al respeto por la ley. Por ello, la ética contiene la doctrina de la virtud y el *jus* la doctrina del derecho. La acción puede ser virtuosa o justa; si se realiza según una regla universal de la libertad es justa, de lo contrario es una acción injusta y se debe oponer resistencia, esto es, obstaculizarla porque se opone a la libertad universal. He aquí la función de la *Zwang* (coacción). La resistencia

(19) Téngase en cuenta que el filósofo alemán no habla de supresión de las inclinaciones sino de apartamiento.

(20) “La legalidad es la conformidad de la acción con el deber”.

opuesta a una acción que nace de la libertad de otro se llama coacción. Ésta y el respeto son las únicas que pueden forzar a la voluntad a una acción. Así, la coacción es la limitación de la libertad y sirve para promover la libertad y la armonía entre la libertad privada y la universal. Por ello, es el principio más importante del derecho (AA:1328).

Las lecciones del *Naturrecht* versan sobre el derecho en sentido estricto, esto es, el coactivo. Al señalar que la libertad debe acordarse con la universalidad, si esto no acontece es lícito coaccionar ya que la obstaculiza. Así la causa del derecho no es la felicidad sino la libertad (AA:1329).

Resumiendo. La persona es un fin en sí misma, no meramente un medio. Esto es así porque no puede ser equiparada con otra cosa, no es intercambiable porque posee un valor intrínseco llamado dignidad. Ésta, a su vez, se fundamenta en el supuesto kantiano de la libertad. Pero se presenta el problema de que al haber muchas personas las libertades particulares chocarían entre sí. Debe haber un límite a la libertad. La existencia del derecho refleja que la voluntad del hombre no es buena en sí misma.

III. UN ACERCAMIENTO AL ESTADO DE LA CUESTIÓN

A. Un largo camino

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Lorenzetti, encabezó la comisión redactora a cargo de la reforma, unificación y actualización de los Códigos Civil y Comercial de la Nación junto con las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci por decreto del Poder Ejecutivo número 191 del 23 de febrero de 2011 el cual establecía el plazo de un año para entregar un anteproyecto. El doctor Lorenzetti refiere que “La comisión debía ser pequeña para garantizar la efectividad, porque en las grandes comisiones anteriores existieron numerosos problemas de funcionamiento y de divisiones internas” (21). Se tomó la decisión de designar a Federico de Lorenzo como secretario de la comisión con el objeto de colaborar en la coherencia del nuevo Código. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advirtió que éste fue uno de los problemas que afrontaron al principio y eso explicaba la designación del secretario. Otra decisión fue formar grupos por áreas temáticas con profesores especializados. Se trabajó sobre la base del proyecto de Código Civil del año 1998 pero se dieron cuenta que el mismo no había tenido en cuenta la última reforma constitucional y que estaba expresado con un lenguaje muy técnico. El 28 de febrero de 2012 se presentó el anteproyecto al Poder Ejecutivo y el 7 de junio del mismo año mediante el mensaje número 884/12 se envió el proyecto para que sea tratado por el Congreso Nacional con

(21) LORENZETTI, RICARDO L. - HIGHTON, ELENA I. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “La vigencia de un nuevo Código”, en *La Ley*, año LXXIX nro. 143, t. 2015-D. Buenos Aires, lunes 3 de agosto de 2015, p. 2.

modificaciones en diversos tópicos como la responsabilidad civil del Estado, la supresión del derecho al agua potable o la modificación del art. 19 sobre la existencia de la persona, los cuales fueron tema de debate en las sesiones. Ya ingresado el proyecto en el Congreso, se estableció por resolución conjunta del 4 de julio de 2012, la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación la cual estaba compuesta por quince senadores y quince diputados presidida por el senador del Frente para la Victoria Marcelo Fuentes. La Comisión Bicameral que sesionaba los martes y jueves, tenía noventa días a partir de su conformación para realizar un análisis y emitir un dictamen sobre el proyecto que envió el Poder Ejecutivo. Los tres juristas de la comisión redactora asistieron a las audiencias como invitados de la comisión bicameral para explicar las inquietudes de los legisladores. Luego se realizaron audiencias públicas por todo el país donde cualquier ciudadano tuvo la oportunidad de exponer su punto de vista. Alrededor de mil cien personas presentaron ponencias las cuales están actualmente a disposición del público a través de la página web de la Comisión Bicameral. El 28 de noviembre de 2013 se aprobó en la cámara alta y el 1º de octubre de 2014 fue aprobado en la cámara baja. El proyecto fue promulgado el 7 de octubre de 2014 como ley 26.994 y el 16 de diciembre, bajo la ley 27.077, se sancionó el adelantamiento de la vigencia para el 1º de agosto de 2015.

B. Los derechos personalísimos

Los derechos de la personalidad o personalísimos “son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte...” (22). Son derechos subjetivos esenciales como el derecho a la vida, integridad física, disposición del cadáver, identidad, intimidad, imagen, libertad y son un producto de la elaboración de la dogmática moderna. Esta aparición tardía en la historia del derecho se debe, entre otras causas, a las nuevas situaciones que plantean los adelantos tecnológicos, en especial en la medicina. A partir de fines del siglo XX se habla de fertilización asistida, congelamiento de embriones, maternidad subrogada, manipulación genética, la experimentación de medicamentos y los protocolos para su uso en seres humanos, trasplante de órganos, entre otras. Todas estas situaciones instauran nuevos desafíos que el derecho debe afrontar, circunstancias en donde hay desprotección y vulnerabilidad, situaciones existenciales donde se ponen en juego el conjunto de creencias.

La doctrina jurídica de Argentina reclamaba desde varios años la incorporación de normas que reglamenten la materia de los derechos personalísimos. Esto se vio cristalizado en el nuevo Código al introducir un capítulo, el tercero del Título primero del Libro primero, que tiene como objetivo principal resguardar los derechos personalísimos como la inviolabilidad y la dignidad de la persona humana. Cabe aclarar que antes del 1º de agosto de 2015 estos derechos

(22) RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, 5ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 681.

se encontraban de modo disperso en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes complementarias y en el Código Civil entonces vigente.

C. El artículo 51

Este artículo no tuvo modificaciones manteniendo la redacción original del anteproyecto presentado por la comisión redactora. Su contenido es el siguiente:

Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Este artículo no se encuentra en los proyectos tanto del año 1993 como del año 1998. Si se rastrean sus fuentes se puede vislumbrar que podría remontarse al art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá de 1865 el cual se encuentra nuevamente en el art. 10 del Código Civil de Quebec de 1994 en el Título segundo del Libro primero donde se expresa que “*Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité*” (23). El respeto de la dignidad de la persona aludida en el art. 51 se puede rastrear en el art. 16 del Código Civil de Francia el cual a partir de la versión introducida por ley 94-653 del 29 de julio de 1994 prohíbe todo daño a la dignidad de la persona: “*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*” (24). Como se puede percibir, en las últimas décadas hay una inquietud por resguardar los derechos personalísimos. Como afirma Rivera:

“El precepto legal recoge la idea de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad, de lo que se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud), y en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen)...” (25).

El concepto de dignidad es el punto de referencia de los derechos humanos (26). En el art. 51 los conceptos de inviolabilidad de la persona y de dignidad se implican. Los derechos personalísimos adquieren su sustento desde el reconocimiento de la dignidad de cada hombre sin importar su religión, raza, nacionalidad, etc. Esto se puede observar también en el art. 11 inc. 1º de la Con-

(23) “Toda persona es inviolable y tiene derecho a su integridad”.

(24) “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”.

(25) RIVERA, JULIO CÉSAR, “La constitucionalización del Derecho Privado en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en RIVERA, J. C. (coord.) - MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 12.

(26) FLAH, LILY R., “La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación” en LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Suplemento Especial-Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, noviembre 2014, p. 3.

vencción Americana de Derechos Humanos más conocida como Pacto de San José de Costa Rica donde se afirma que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”*. El doctor Edgardo Ignacio Saux señala que el concepto de dignidad tiene un fuerte sustrato bioético, algo que se puede inferir por lo expuesto más arriba (27).

Por último, se señala una inquietud considerada relevante al tema tratado en esta investigación. ¿Se debe hablar de *derecho a la dignidad* o más bien de *la dignidad como fundamento de los derechos*? Tal cual está redactado el artículo, refiere a derechos que reconozcan y respeten la dignidad. Esta temática se encuentra desarrollada en un artículo del Dr. Rabbi-Baldi al cual se remite al lector (28). Se estima que un enfoque puesto en la dignidad como fundamento en los derechos permitirá comprender más el concepto en cuestión y, por consiguiente, testear la legislación para reconocer en ella si es acorde o no con ese respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana que el art. 51 proclama. En este trabajo se atenderá muy enfáticamente al tratamiento que los parlamentarios dieron al respecto.

IV. ANÁLISIS DEL DEBATE PARLAMENTARIO EN LA CÁMARA DE SENADORES

A continuación se realizará el análisis con el debate parlamentario de la 19ª reunión, 9ª sesión especial acontecida los días 27 y 28 de noviembre de 2013 del Honorable Senado de la Nación.

Senador Aníbal Fernández

El senador representante de la provincia de Buenos Aires y perteneciente al Frente para la Victoria-PJ realizó tres menciones del vocablo *dignidad*.

La primera hace referencia a la acción de Juan Domingo Perón en cuanto a la mejora de la calidad de vida del trabajador:

¿Por qué se impone el Código Civil a partir del 1º de enero de 1871, paradójicamente un año antes de la publicación del Martín Fierro? ¿Por qué? Porque se impone en base a la aniquilación del gaucho, en base a la aniquilación del indio, en base a la separación y al desprecio del mestizo. Eso lo vamos a ver en cada uno de esos cotejos.

Acabamos de conmemorar el 150º aniversario de la muerte de Ángel Vicente Peñaloza, una gráfica concreta y contundente del desprecio de una franja de los argentinos que tendrían que obviar de alguna manera y que no importaba lo que decían en ese momento. No importaba abso-

(27) LORENZETTI, RICARDO LUIS, en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014 [tomo consultado: nro. 1], p. 278.

(28) RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Los derechos humanos como derechos ‘anteriores’ o ‘preexistentes’: un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Revista Jurídica *El Derecho*, t. 175, Buenos Aires, 1997, ps. 816-828.

lutamente nada. Esta escuela, que resume en la visión de los argentinos, es la misma que arranca después del Código de Napoleón como esa escuela de la exégesis, la que mira por el derecho positivo. Son los sectores dominantes; los que quieren ver cuáles son las costumbres que se pueden apreciar. No eran las costumbres de los españoles las que miraban. Eran las costumbres anglo francesas. Y, por supuesto, mucho menos las del gaucho, que en aquel momento, no quiero hablar de asco, porque suena muy horrible, pero no se estaba muy lejos de definirse en esos términos.

*Esa fricción existió por muchos años. Y quieren que les diga algo: sigue existiendo. Con la aparición del peronismo —por eso me siento en la necesidad de decirlo y sostenerlo— aparece una buena parte de sus derechos, que no voy a enunciar. Es imperioso: quizás en el nombre de Juan Perón, el más importante, es haberle reconocido la identidad y haberle dado la **dignidad** al pueblo trabajador peronista o al pueblo trabajador, cualquiera sea su formación. Éste es, quizás, el mayor aporte. Aunque no nos guste, como decía el senador Fuentes recién, en la 17.711, hecha en un gobierno de facto por el proyecto de Borda, sabemos que hay cosas positivas que se han sumado y que tienen que ver con la misma fricción que viene produciéndose desde la sanción del Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield.*

Los más marginales, a partir de esa reforma que pretendemos introducir, van a encontrar respuesta. Los vulnerables, los marginados, los discriminados van a encontrar respuesta porque van a tener oportunidad de conquistar derechos (29).

Se puede observar la referencia al Código Civil anterior el cual tiene, según el legislador, una mirada netamente positivista que respondía a satisfacer los intereses de un sector de la sociedad la cual estaba atenta y gustosa de las costumbres del Reino Unido y de Francia y no de las de España. La mirada hacia el humilde no acontece, según su punto de vista, sino hasta la llegada del fundador del partido Justicialista quien le dio *dignidad* al trabajador. El vocablo está usado para hacer referencia al respeto por la integridad de esa clase social excluida, al reconocimiento de la dignidad del trabajador quien es persona, esto es, un fin en sí mismo que pueda autodeterminar sus normas y no ser tratado solamente como medio.

A continuación el senador usa el vocablo haciendo alusión al tema del divorcio:

El régimen del Código Civil, de forma de celebrar cuando comienza a llevarse a la práctica a partir del 1º de enero de 1871, hablaba específicamente de un matrimonio de formación religiosa. Va de suyo que cuando hablaba de un matrimonio de formación religiosa dependía específicamente de la Iglesia, pero hablemos con claridad: de la Iglesia Católica.

(29) Se extraen los párrafos del sitio <http://ccycn.congreso.gob.ar> documento en pdf bajo el nombre VT-2013-11-27_-ES-09. Se ha optado por destacar el vocablo estudiado.

Aquellos que profesamos la Iglesia Católica hubiésemos tenido unas determinadas condiciones que los que no profesan esa religión, evidentemente, hacía que tuvieran que manejarse y conducirse por los jueces civiles de entonces. [...]

*Cuando ya tenía media sanción la ley que el gobierno del doctor Alfonsín lleva a la práctica, y sobre la que uno tiene que sacarse el sombrero cada vez que se alude a ella —la 23.515—, la Corte saca una sentencia en el fallo “Sejeán, Juan Bautista c/ Zaks de Sejeán, Ana M.”—, sobre inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley N° 2393, donde lo declara inconstitucional al mencionado artículo. ¿Y qué decía el art. 64? El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos sin que se disuelva el vínculo matrimonial, con lo cual volvía el Estado a meter la cuchara donde no tenía que hacerlo. Es una relación entre particulares con una presencia lo menor posible del Estado, reitero, con la menor cantidad de presencia posible. Entre los derechos implícitos se encuentra el derecho a la **dignidad** humana. ¿Y cuál es el principal derecho de la **dignidad** humana que estamos persiguiendo en esta propuesta? La posibilidad de constituir una nueva familia, señor presidente. ¡Vaya por Dios! No hay dolor más grande que fracasar y nada hay más importante que aquel que haya fracasado pueda encontrar, tanto la mujer como el hombre, la oportunidad de rehacer su vida, encontrar una alternativa nueva.*

Es relevante el primer párrafo ya que aporta el dato de que el legislador profesa la religión católica. Se podría inferir a *prima facie* que su concepto de dignidad es totalmente judeocristiana. El senador menciona el vocablo *dignidad* dos veces como un derecho implícito del hombre. El uso en el tema tratado alude a la posibilidad de formar una nueva familia. Aquí se puede apreciar que hay una consideración del hombre en cuanto fin en sí mismo ya que se puede interpretar que hay una referencia implícita a la autonomía de la voluntad. Esto último hace pensar que su concepción se encuentra en un punto medio entre las nociones kantiana y judeocristiana. Por lo tanto, se observan elementos kantianos en el uso del vocablo y, por consiguiente, la contrastación de la hipótesis es positiva. Por último, se observa que menciona la frase *derecho a la dignidad*, tema que se planteó anteriormente en el estado de la cuestión acerca de si hay derecho a la dignidad o, más bien, ésta constituye el fundamento de todo derecho.

Senadora Liliana Teresita Negre de Alonso

La legisladora por la provincia de San Luis y perteneciente a la Alianza Compromiso Federal fue la senadora que más nombró este vocablo (seis veces el vocablo *dignidad* y una vez el de *digna*). En un principio usó el término haciendo referencia a las constituciones provinciales que protegen el derecho a la vida desde la concepción; cita varias cartas magnas provinciales como las de Córdoba, Salta y San Luis las cuales contienen artículos donde se mencionan el vocablo en cuestión. Además, al citar la carta magna de Tucumán usa el vocablo *digna* para referirse al reconocimiento de la existencia de la persona desde la concepción.

Pero el párrafo que más ilustra su concepción es aquél que trata sobre los embriones donde menciona explícitamente a Kant:

*Esto es muy claro y ya se dijo acá. Hay una división: son cosas o son personas. La tradición jurídica de más de 150 años dice que somos personas o somos cosas. Entonces, si los embriones no son personas, los embriones son cosas. Por lo tanto, si son cosas, estamos cosificando al sujeto por nacer, convirtiéndolo en un bien útil, olvidando lo que decía Kant: las cosas tienen precio, son intercambiables de acuerdo con un valor relativo a seres fuera de sí, mientras que lo que se halle por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene su **dignidad**, un valor interior incomparable, incondicionado, cual es el caso de la persona, reino de la moralidad, algo que lleva a que el hombre no pueda jamás ser considerado como medio, sino siempre como fin merecedor de todo respeto.*

Se puede observar que define el vocablo *dignidad* como un valor interior incomparable e incondicionado lo cual se asemeja a la concepción de Kant como valor intrínseco del ser humano.

La presente investigación no puede obviar el dato de que la legisladora es católica. Este dato es de público conocimiento y no se extrae del debate como se ha hecho en el caso del senador Fernández. Ahora bien, si se guía meramente por las palabras vertidas durante el debate se podría inferir que hay un uso absolutamente kantiano del término. Pero se sabe que la concepción de la legisladora tiene un contenido fuertemente judeocristiano y que la autonomía de voluntad queda supeditada a esa concepción. El uso refiere a la explicitación de que la persona no es meramente un medio sino que es un fin en sí misma. Luego, por su condición de católica se interpreta que esta concepción de persona como *fin en sí misma* refiere a un ser creado a imagen y semejanza de Dios y que la dignidad no está sustentada en la libertad a modo kantiano y, por consiguiente, no hay una idea de un ser capaz de darse a sí mismo las propias normas. Por ello, se considera que más bien hay un uso intermedio entre la concepción kantiana y judeocristiana y que el elemento kantiano se observa más claramente no sólo por la mención del nombre del filósofo de Königberg sino también por la definición de dignidad expresada. La contrastación de la hipótesis es positiva.

Senadora Norma Elena Morandini

*Y si hay algo que ha dinamizado la vida en nuestro país, es que obliga a que modernicemos las reglas para que esa vida no aparezca enchalecada, no aparezca coartada, porque lo que nos viene a decir cuando se dice “constitucionalizar el Código” no es otra cosa que cumplir con lo que tenemos en el centro del debate, que es la persona humana con su libertad y con su **dignidad**.*

De modo que yo también me entusiasmé cuando se presentó el proyecto de unificación de los Códigos, no porque tenga pretensiones o me

*vea en el bronce ni en la historia, sino porque tenía la gran posibilidad de estudiar y de aprender. Y cuando se decía “constitucionalizar el Código”, enseguida entendí que lo que he abrazado como compromiso legislativo, que es la vida misma pero entendida como la libertad y la **dignidad**, que la persona tiene derechos sólo por su condición de persona, entendí que lo que había que darle al Código era impregnarla con esa maravillosa filosofía de derechos humanos que tiene nuestra Constitución reformada en 1994.*

La intervención de la senadora representante de la provincia de Córdoba por la Alianza Frente Cívico contiene cuatro veces el vocablo en cuestión; el uso dado es el mismo en todos los casos ya que refiere a la idea de que constitucionalizar el Código consiste en tener en el centro a la persona humana respetando su libertad y dignidad. Hace alusión a que la Argentina viene de un estado terrorista que violó derechos humanos. Se puede inferir que hay elementos kantianos ya que relaciona los tres conceptos que se encuentran interdependientes en el sistema del filósofo alemán: persona, libertad y dignidad. La contrastación es positiva.

Senador Mario Cimadevilla

El senador representante de la provincia de Chubut y perteneciente a la UCR comienza su parlamento mencionando el vocablo *dignidad* solamente una sola vez. El mismo se encuentra en un artículo de La Nación cuya autoría pertenece a la senadora Morandini.

*Leí una nota en La Nación —y le pedí permiso a la senadora Morandini para poder citarla hoy— que decía: “La concepción autoritaria en el nuevo Código. La senadora comenzaba este artículo diciendo que si la vida es cambiante, múltiple y por eso contradictoria, ¿cómo debe ser el derecho que debe regularla sin aprisionarla, fiel a los nuevos tiempos de libertad y **dignidad** consagrados como derechos humanos en nuestra Constitución reformada de 1994 y tan enarbolado como propaganda política?”*

Con esta pregunta comenzaba un artículo que lo considero muy bueno, donde, independientemente de concentrar su preocupación en lo que es su actividad de periodista, también criticaba la manera en que llegábamos a este dictamen. Y creo que con acierto señalaba que se había sustituido el debate parlamentario por una ficción de participación y cancelaba la auténtica construcción democrática. Se trataba de armonizar las diferentes miradas e intereses que conviven en una sociedad que aspira a que las normas no se la impongan autoritariamente y que el Estado, lejos de ponerse por encima de los derechos de la ciudadanía, sea su garante y protector.

Siguiendo a la senadora Morandini, el legislador menciona el vocablo *dignidad* en una oración donde pareciera aludirlo como derecho humano y no como fundamento. Se considera que la clave para contrastar la hipótesis de modo po-

sitivo está en la última parte del texto citado. Se busca una sociedad donde las normas no sean impuestas de manera autoritaria por el Estado, quizá con la idea de que se respete la autonomía de la voluntad. Hay un pequeño reflejo de la concepción kantiana de dignidad.

Senador Jaime Linares

El senador Linares representante de la provincia de Buenos Aires por el Frente Amplio Progresista usa el adjetivo femenino singular *digna* para referirse a la metodología usada para el tratamiento del nuevo Código la cual —según él— fue desvirtuada.

*Indudablemente, estamos en un tratamiento del Código más político que técnico. Ha habido muy buenas exposiciones en un sentido y en otro. Me parece que lo que nosotros estamos cuestionando en general, desde la oposición, es la imposibilidad de llegar a consensos en un tema tan importante como el Código, éste que reúne legislación, jurisprudencia, trabajo de juristas, una coordinación de la Corte, con audiencias públicas, con una metodología que claramente era **digna** de apoyar. Pero, de un día para otro, aparecieron segmentaciones concretas a la redacción original, que creo que afectan la coherencia y dejan librados a leyes especiales algunos temas muy importantes. Y me parece que es innecesario, en función de las últimas declaraciones del nuevo jefe de Gabinete, apurar este tratamiento hoy, porque no hay excusa importante. Más allá de que algunos legisladores dejen la banca, me parece que está claro que este Código no se va a aprobar con esta composición de las Cámaras, tanto en el Senado como en Diputados.*

Se puede observar, en el fragmento citado, que el término *digna* está usado para expresar la idea del legislador de que el procedimiento sea llevado a cabo sin manipulación, esto es, tratando de respetar todas las voces. No hay elementos suficientes para contrastar la hipótesis de modo positivo aunque se podría forzar a pensar que el legislador busca que cada exponente sea considerado como un fin en sí mismo y no como un medio.

Senador Eugenio Justiniano Artaza

El senador representante de la provincia de Corrientes por el partido Encuentro por Corrientes (A.C. y S.) utiliza el adjetivo femenino singular *digna* para referirse al tema de la vivienda digna. Hace hincapié en que los sectores más vulnerables no son contemplados en el nuevo Código y que, por el contrario, hay otros sectores a los cuales se están beneficiando. No hay elementos suficientes para contrastar la hipótesis de forma positiva.

Senador Samuel Manuel Cabanchik

En el discurso del senador representante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la Alianza Coalición Cívica, aparece el término *digna* para mencionar la ley de muerte digna; como en el caso anterior no hay elementos suficientes para contrastar positivamente la hipótesis propuesta.

Senador Ernesto Ricardo Sanz

La intervención del senador por la provincia de Mendoza y perteneciente a la Alianza Frente Cívico Federal UCR-CONFE, usa el vocablo *dignidad* al tratar el concepto de libro cerrado. Advierte que sólo se abre el debate para las reformas que propone el oficialismo. Aduce que se malinterpreta el art. 205 sobre el procedimiento legislativo. Señala que si no se permite debatir no los acompañará con el voto. Es por ello que

*...por respeto al 205 y por respeto a nuestra propia **dignidad**, del concepto de libro cerrado, nosotros no vamos a votar, no lo vamos a acompañar y nos vamos a retirar en este momento del recinto.*

No se puede inferir demasiado sobre este uso pero parece que hay un atisbo del pensamiento kantiano debido a que el legislador está reclamando sobre lo que él supone una arbitrariedad e imposición del voto a libro cerrado. El respeto a la propia dignidad reclamada por el legislador refiere quizá a que la oposición no sea usada por el oficialismo como medio para lograr la sanción. No hay elementos suficientes para contrastar la hipótesis de forma positiva.

Senadora Ada Rosa del Valle Itúrriz de Cappellini

La senadora por la provincia de Santiago del Estero y perteneciente al Frente Cívico por Santiago, usa en la inserción solicitada, el término *dignidad* como principio:

*...es menester destacar en primer lugar la prístina adhesión del nuevo código al principio de la **dignidad** del hombre. Adhesión, ésta, que se refleja de manera especial en el respeto a la vida humana, que la propuesta legislativa pretende garantizar expresamente desde el momento de la concepción.*

No se dispone de mucha información para contrastar la hipótesis pero al referir al tema de la concepción y la vida humana se podría llegar a inferir que hay una noción que posee alguna base kantiana al considerar al hombre como fin en sí mismo y no meramente como medio, pero se considera que no es suficiente para contrastar la hipótesis de modo positivo.

Por otra parte, nótese que usa el término *digno* como aspecto de ponderación a la constitucionalización del derecho privado.

Senadora María de los Ángeles Higonet

En la inserción solicitada por la senadora representante de la provincia de La Pampa y perteneciente al partido Justicialista se usa la palabra *dignidad* para referirse a su respeto y a la inviolabilidad de la persona lo que constituye una clara alusión al art. 51. Su uso está referido para proteger el derecho a la imagen:

*...el proyecto es profundamente humanista, dice que la persona es inviolable y debe respetarse su **dignidad**. Se consagra el derecho a la imagen, es decir que no se puede captar o reproducir la imagen o la voz*

de una persona sin su consentimiento, excepto que sea en actos públicos, haya un interés científico o hubiera que informar.

Luego usa el vocablo *digno* para referirse a la Ley de Defensa del Consumidor respecto al trato:

*Consagra como principio elemental el trato **digno**, equitativo y no discriminatorio. La información no es un gesto del proveedor: es un derecho del consumidor.*

Se podría considerar aquí que hay elementos kantianos en el uso del término analizado ya que se considera al consumidor como persona que no es *meramente* un medio para que se obtengan ganancias. La inviolabilidad y dignidad son centrales. La contrastación es positiva.

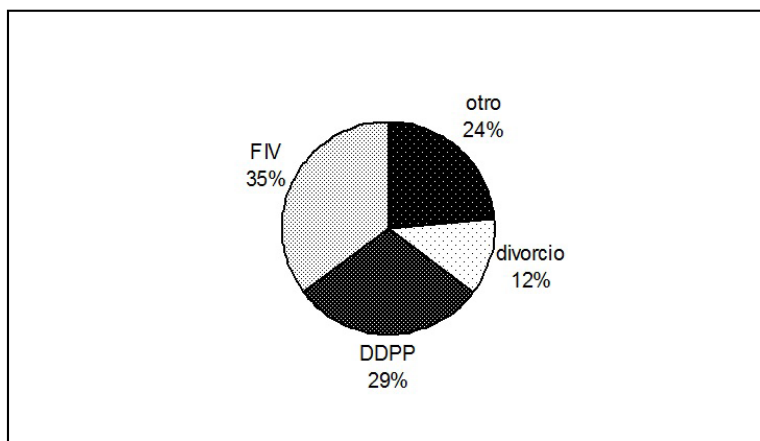
V. REFLEXIONES FINALES

Para comenzar las siguientes reflexiones se aportará un análisis cuantitativo del tratamiento del término *dignidad*.

En los análisis de los discursos de la Honorable Cámara de Senadores, se pudo contrastar la hipótesis de modo positivo en un 50% de los casos analizados.

En el cuadro I se puede observar el tratamiento del vocablo *dignidad* en la cámara alta, el cual fue usado en un 35% sobre temas de fertilización ligados a la temática de la concepción, esto es, a partir de cuándo hay vida humana. Luego, en un 29% se usó para referirse a lo novedoso del capítulo de los derechos personalísimos en el nuevo Código como también al reconocimiento de la dignidad. En un 12% se refirió al tema del divorcio y en un 24% a varios tópicos como la responsabilidad del Estado (Cimadevilla) o la dignidad como principio (Iturrez). Como se puede observar, la inquietud en el debate estuvo focalizada en temas de bioética.

Cuadro I



Seguidamente se analizarán cualitativamente los datos obtenidos en la presente investigación.

Se recuerda la hipótesis de investigación: *hay elementos kantianos en el uso del vocablo dignidad en el debate parlamentario de la Cámara de Senadores para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.*

El objetivo principal consistió en analizar el uso del vocablo *dignidad* identificando elementos filosóficos que lo sustentan. Para ello se sirvió de una fuente no muy citada —la introducción del *Naturrecht Feyerabend*— para tener el marco teórico desde el cual se trató de contrastar la hipótesis. En esta obra se comprendió que el hombre, la persona humana, es un fin en sí mismo y no meramente un medio. La definición de *persona* está íntimamente relacionada con el concepto de *dignidad* el cual —para el filósofo prusiano— refiere a un valor intrínseco de la persona que se fundamenta en la *libertad*, el tercer concepto relevante del marco teórico. Así, la libertad del hombre, por la cual determina sus propias normas, es el fundamento de su dignidad y, por ella, el hombre es un fin en sí mismo. Es relevante tener en cuenta que considerar a la persona como un fin en sí misma implica como condición *sine qua non* reconocer y respetar su autonomía de voluntad la cual es reflejo de su libertad. De este modo, Kant no apuntó a hacer una moral heterónoma sino una ética en donde el hombre se da a sí mismo sus reglas.

A lo largo del trabajo se pudo percatar que no hubo en ningún párrafo analizado la inclusión o la referencia a un ser superior. Aun en el caso de quien expresó el culto que practica —el senador Fernández— o de aquellos que se sabe que practican como en el caso de la senadora Negre de Alonso —quien fue la única que hizo referencia a Kant—, ninguno hizo alusión expresa a que el hombre es digno por ser hijo de Dios, por ser creatura hecha a su imagen y semejanza.

Un problema al tratar de contrastar la hipótesis fue que la mayoría refiere el término *dignidad* dando por supuesto su significado. No se está afirmando que no saben lo que significa sino que en pocas ocasiones se dispuso de información suficiente por parte de los legisladores para saber qué entienden por este término. A pesar de las dificultades, se han encontrado elementos kantianos en el uso del término dignidad por parte de los legisladores. Hubo casos que no se pudo determinar su uso debido a que sólo mencionan el vocablo sin muchas especificaciones.

Se percibió también que para hablar de dignidad en ciertos temas —como el de fertilización y, sobre todo, los que refieren a gestación— es necesario llegar a un esclarecimiento de los conceptos de persona y concepción. Si se considera al embrión como cosa, obviamente se concluirá que no hay persona y, por ende, no se viola la dignidad. Por ello, se estima que es urgente una clarificación en estos temas desde miradas *interdisciplinarias*.

También se percibió que sería conveniente profundizar más acerca de si la dignidad es un derecho o es el fundamento del mismo.

Además, se observó una preocupación por parte de los legisladores por no reducir al otro a cosa. Un claro ejemplo es el del trato digno a los consumidores. Esto, sumado al enfoque dado por la comisión redactora de constitucionalizar el derecho privado, pone a disposición de los ciudadanos de un instrumento jurídico que les permitirán resguardar sus derechos de los abusos realizados por empresas más allá de los contratos firmados. Así, se podría apelar al art. 51 ante la eventual situación de un documento firmado que provoque la reducción de la persona a una mera cosa con el objetivo de obtener un beneficio o una ganancia en detrimento de su integridad.

Todas estas consideraciones permiten extraer de este trabajo tres conclusiones. La primera es que no hay un uso a modo kantiano del término, como se sospechó en un principio, sino *solo elementos* de la concepción kantiana del vocablo dignidad, por lo cual la contrastación de la hipótesis fue positiva como se indicó más arriba. La segunda es que hay *también* elementos implícitos, en la definición del concepto de dignidad, que tienen su origen en la tradición judeocristiana más allá que no se hizo alusión a la concepción del hombre como *imago Dei*. Por último, hay una doble referencia al concepto de dignidad en tanto *derecho* y en tanto *fundamento de derechos*. Estas dos últimas conclusiones, en especial la tercera, impulsan a profundizar más el presente trabajo en una futura investigación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación gira en torno a la persona y con la introducción del capítulo de los derechos personalísimos, y más específicamente con el art. 51 acerca de la inviolabilidad de la persona y el reconocimiento y respeto de su dignidad, se ha producido una herramienta que permitirá resguardar de modo más eficaz los derechos del hombre y, por consiguiente, a que sea tratado como un fin en sí mismo, como un ser íntegro y digno, en definitiva, como persona.

CAPÍTULO II

LA CAPACIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: SUSTRATO FILOSÓFICO Y COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

Por Carolina Caliva y Melany Esses

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial el Estado Argentino muestra mayor concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos a los que ha suscripto, tal el caso, entre otros, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD).

El presente trabajo se propone analizar tanto el núcleo normativo duro como el sustento filosófico que conforman las modificaciones en materia de capacidad atento el nuevo contexto social en el que nos encontramos, y la existencia de factores que responden a un imperativo universal, como es el caso de la citada Convención y de las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno, en consonancia con la doctrina del Control de Convencionalidad. De ahí que uno de los aspectos más relevantes de esta reforma tiene relación con el pedido legal de potenciar el reconocimiento de la capacidad de todas las personas para restringirla solo en casos excepcionales, procurando así el desarrollo de la autonomía personal.

El trabajo realiza una selección de artículos que regulan la capacidad en el nuevo Código, realizando una puesta en correspondencia entre éstos, los fundamentos de aquél y la señalada Convención, tomando como punto de conexión el primer documento de observaciones generales emitido por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en función del Informe Inicial presentado por Argentina en el mes de octubre de 2010. Veremos también cual es el modo en que se interpretan las normas jurídicas y en función de esa interpretación, cuál es el sistema jurídico al que aspira el nuevo código.

A partir del nuevo rol que se le ha otorgado al ejercicio de la autonomía de la voluntad analizaremos, desde el punto de vista filosófico, y a partir de

Hannah Arendt, el significado de la acción como elemento esencial de la condición humana y reflexionaremos acerca de la influencia del ámbito público y privado sobre las posibilidades de acción en la vida cotidiana de las personas. Plantearemos además de qué manera, en términos históricos, la persona ha modificado sus parámetros en función de los nuevos descubrimientos y modos de relacionarse, atento lo cual el sistema jurídico continuó receptando dichos cambios con el objetivo de plasmar en el ordenamiento jurídico las nuevas relaciones humanas.

Toda modificación y su proceso evolutivo admiten críticas, a partir de las cuales el sistema legal se va perfeccionando, en concurrencia con la praxis. Por tal razón consideramos necesario cuestionar algunos de los nuevos criterios tomados en cuenta en la innovación legislativa, con la finalidad de dirigir nuestra investigación hacia el arribo de una conclusión fundada en el siguiente cuestionamiento:

¿Por qué jurídicamente se han adoptado nuevas medidas respecto de las personas que padecen algún tipo limitación a la capacidad, pero desde el punto de vista institucional no se ha pensado o postulado paralelamente un sistema que acompañe tales modificaciones?

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO

Es sabido que las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno traen consigo, desde siempre, un número de interrogantes que hasta nuestros días echaron ruido en el espectro normativo nacional, como lo muestra la reciente sentencia “Fontevicchia” (1). Desde una de las dimensiones de esta problemática hallamos la debatida jerarquía entre la Constitución Nacional y los Tratados con igual Jerarquía, y el ámbito de aplicación de los mismos. Es aquí donde visualizamos el primer punto módico sembrado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (En adelante, CCyC).

Continuando con el arquetipo constitucional (incorporación de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos por el art. 75 inc. 22) el Código de fondo recepta las modernas tendencias internacionales en la materia. Ello es así porque establece un nuevo paradigma al instalar como eje rector de la reforma del CCyC a la Constitucionalización del Derecho Privado, por lo que se dibuja un triángulo geométrico entre este último con el Derecho Constitucional y el Derecho Público, otorgando especial relevancia a la jerarquía constitucional que poseen los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos consagrados en el art. 75 inc. 22 (jerarquía constitucional originaria), y los posteriormente integrados a ese bloque (jerarquía constitucional derivada), con el objetivo de que cada vez tengan mayor incidencia en las relaciones humanas, y de éstas con el Estado en su condición de regulador y garante de derechos.

(1) CSJN, causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia’ y ‘D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *in re*, sent. del 14/2/2017.

Tomando el propio texto del CCyC, Título Preliminar, su artículo primero, titulado “Fuentes y aplicación” dispone que: “Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que la República sea parte”. Asimismo, en el artículo segundo señala que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

En materia de capacidad, tema medular que nos ocupa, podemos advertir en esta reforma los principios iusfundamentales tomados desde los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. En toda la sección dedicada a esta temática, encontramos un nuevo concepto sobre capacidad, ahora en armonía con los mismos, algunos de cuyas normas caben ser analizadas.

Ahora bien, antes y de manera sintética, debemos mencionar aspectos principales de la consonancia que hoy existe entre las relaciones normativas internacionales e internas.

La República Argentina es parte, junto a otros Estados, del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos por haber firmado la Carta de la Organización de los Estados Americanos. *A posteriori*, en Marzo de 1984, con el advenimiento del gobierno democrático de Raúl Alfonsín, nuestro país ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos.

En lo que concierne al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el mismo se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre durante la IX Conferencia Internacional Americana (2) cuando los representantes de los Estados se reunieron en la ciudad de Bogotá en 1948, donde además se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), documento que proclama los “*derechos fundamentales de la persona humana*” (3).

A posteriori, durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en la ciudad de Santiago de Chile, desde el 12 al 18 de agosto de 1959, se acordó crear el primer órgano de protección del sistema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (con sede en Washington, DC). En principio tuvo por función únicamente la promoción de Derechos Humanos en el continente. Recién en 1967, con la primera reforma a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires Suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, el 27 de Febrero de 1967, la Comisión fue elevada a la

(2) Esta conferencia, debido al acontecimiento de la Segunda Guerra Mundial, tuvo que aplazarse. Originalmente el año para la misma era 1943, pero se pospuso hasta 1948. La Carta de la Organización de los Estados Americanos modificó el nombre de estas conferencias a “Conferencia Interamericana”.

(3) En su Capítulo II, titulado “Principios”, art. 3º inc. “L”, establece: “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

categoría de órgano de la OEA (4), adquiriendo de modo automático la facultad de recibir denuncias o quejas contra los Estados miembros de la organización.

Respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo tribunal del sistema, nació en 1969 a partir de la apertura a la firma del primer tratado sobre derechos humanos de nuestro sistema regional, la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Capital de Costa Rica, San José, durante la celebración de una Conferencia típica sobre derechos humanos. Es en este mismo lugar donde tiene su sede esa Corte.

La integran siete jueces/zas que perduran en su mandato por un período de 6 años, con una única posibilidad de ser reelectos (arts. 52.1 y 54. 1 de la citada Convención). Veamos cuál es la misión de este tribunal:

En el artículo primero del estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (5) (en adelante, Corte IDH) se explicita que la misma es una institución judicial autónoma con el objetivo de aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). Además de ello, cumple dos funciones: la primera es la Función Jurisdiccional (6). Sólo ejerce esta función en las ocasiones en que un Estado Parte o la Comisión deciden someter un caso sobre violación de un derecho o libertad protegidos por la CADH a dicho órgano. La Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia. El procedimiento que se celebra ante la Corte IDH tiene también algunas características específicas de tipo contencioso que se encuentran reguladas en los arts. 66, 67, 68 y 69 de la Convención. La segunda función es Consultiva y se encuentra regulada en el art. 64. Esta tarea consiste en pronunciarse respecto a las consultas que le son solicitadas por los Estados miembros de la OEA y por los Órganos de ésta con respecto a la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos (arts. 64.3). Por último, pueden comparecer ante la Corte IDH, los estados miembros de la OEA y la Comisión.

Los instrumentos que conforman el Sistema Interamericano son los siguientes: Los dos Protocolos Facultativos al Pacto de San José de Costa Rica; el Protocolo de San Salvador que refiere a los derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de Asunción, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

(4) Su estatuto fue aprobado mediante resolución 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en Octubre de 1979.

(5) Al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH posee un estatuto. En su art. 1º dispone: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto".

(6) Esta función se encuentra regulada en los arts. 61, 62 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tortura; la llamada Convención de Belén do Pará, que protege a la mujer contra la violencia; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad o Convención de Guatemala (7).

Todos estos instrumentos fueron ratificados por el Estado Argentino, y 4 de ellos han adquirido jerarquía constitucional conforme lo estatuido en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, *in fine*, que dispone que: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

III. LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El Control de Convencionalidad es una construcción doctrinaria creada en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Corte Interamericana). Podemos explicarla como el deber de someter normas jurídicas o prácticas nacionales a un examen de compatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos facultativos y la propia jurisprudencia de este Tribunal.

Los Estados, tras asumir su obligación internacional, paralelamente asumen el compromiso de ejecutar en sus ordenamientos jurídicos internos, la fuerza *erga omnes* que las normas internacionales poseen, y éstas ante todo derivan de la Jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana (8). De este procedimiento resulta el inicio de un sistema que debería ser capaz de velar prioritariamente por los derechos fundamentales de las personas.

La Corte Interamericana se erige como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya principal función es aplicar e interpretar el texto de la Convención (9). En este sentido, el art. 2º establece el deber que los Estados tienen de adoptar disposiciones de derecho interno, texto que fundamenta el control de convencionalidad.

(7) Cfr. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Art. 23.

(8) GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control Judicial Interno de Convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, nro. 28, julio-diciembre, 2001, ps. 131 y 132 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf>.

(9) Este tipo de interpretación es conceptualizado como “Control Original de Convencionalidad”. En lo que respecta a la competencia de la Corte IDH y su exhaustivo control original, es importante mencionar que, al momento de ejercer dicha potestad, el tribunal aplica la CADH, pero además despliega una interpretación que alcanza también a los instrumentos internacionales que asignaron competencia material a este órgano. Asimismo, interpreta otros instrumentos que si bien no le asignan competencia material, le sirven de conceptos y principios relacionados con la protección de los Derechos Humanos. En palabras de Sergio García Ramírez (artículo citado en la nota anterior), “En estos casos no adopta decisiones que impliquen la aplicación directa de tales Convenios, a la manera en que lo hace con respecto a los instrumentos que le atribuyen esa facultad. Empero, recoge conceptos de aquellos para fines de interpretación: establecimiento de contexto, conocimiento de estándares, inserción en el marco del derecho internacional contemporáneo”.

Este concepto ha sido tomado por nuestro máximo tribunal, la CSJN, desde el precedente “Girolodi, Horacio” (10).

Corresponde referenciar de modo breve la evolución que ha tenido esta doctrina. Al respecto, fue aplicada por primera vez en el año 2003, en el caso “Myrna Mack Chang” (11), a través del voto razonado del entonces juez Sergio García Ramírez. Luego, en 2004, en el caso “Tibi vs. Ecuador” (12), se comparó la labor realizada en el Control de Convencionalidad con la realizada en el Control de Constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales: “Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de Derechos Humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del Control de Constitucionalidad, los *órganos* internos procuran conformar la actividad del poder público (y, eventualmente, de otros agentes sociales) al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, puede conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Parte en el ejercicio de su soberanía” (13).

Para esto, los jueces internos deben tener conocimiento del derecho internacional en sus diferentes variantes, como la convencional o la consuetudinaria (14), tomando en cuenta dichas disposiciones para poder fijar el marco del Control de Convencionalidad. Así, deben estar al tanto de Declaraciones, Estatutos, Reglamentos, Opiniones Consultivas, Sentencias, Recomendaciones, Principios, etc. Éstos son los elementos que integran, entre otros, los “estándares” internacionales a los que se debe remitir el Estado.

Dentro de esta estructura hallamos, como se adelantó, las Opiniones Consultivas (15), sentencias, medidas provisionales y resoluciones de la Corte IDH. Estas herramientas son elementales a los efectos de la ejecución de todo control convencional, atento que es la misma CADH la que le ha dado la facultad de

(10) CSJN, “Girolodi, Horacio David y otros”, Fallos 318:514 (1995): “Como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde a la Corte Suprema, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”.

(11) Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia 25 de noviembre de 2003, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

(12) Corte IDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, sentencia 7 de septiembre de 2004.

(13) GARCÍA RAMÍREZ, S., nota 8, loc. cit.

(14) Recordemos que además de las fuentes mencionadas más arriba existe la Costumbre Internacional, definida en el art. 38 inc. b) del Estatuto de la Corte Interamericana de Justicia: “La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Para que una norma sea considerada costumbre internacional debe darse el elemento material: el convencimiento de los sujetos de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente. Si se trasgrede la costumbre internacional, se incurre en responsabilidad internacional. Por otro lado, también existen las normas de *Ius Cogens*, las que están definidas en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(15) Al presente la Corte Interamericana ha dictado 22 Opiniones Consultivas. El Estado Argentino ha solicitado 3 de ellas. La primera es la nro. 13, de fecha 16 de julio de 1993. La segunda es la nro. 20, de fecha 29 de septiembre de 2009. La última es la nro. 21, de fecha 19 de agosto de 2014.

interpretarla y aplicarla oficialmente, además de poder interpretar otros tratados internacionales, “a condición de que éstos sean aplicables a países de América” (16) (competencia material).

Luego de aplicar el Control de Convencionalidad en varios casos, como “Rexacó Reyes vs. Guatemala” en 2005 (17), y “López Álvarez vs. Honduras” en 2006 (18), en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile (19)”, se hace especial hincapié en que, si bien los jueces nacionales responden en principio a su ordenamiento jurídico interno, desde el momento en que se ratifica un tratado también están sometidos al cumplimiento del mismo, lo que genera la obligación de evitar que las disposiciones internacionales se vean vulneradas por cualquier normativa interna que se encontrare en oposición.

A su vez en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (20)”, el juez Cançado Trindade sostuvo que el art. 2º de la CADH impone la obligación de “armonización” entre el derecho nacional y el internacional, generando de esta forma una “constitucionalización” de una convención supranacional.

Siguiendo la evolución de este tema, mencionamos el caso “Boyce” del año 2007 (21) en el que la Corte reforzó sus fundamentos mencionando el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que proscribiera el incumplimiento de las disposiciones de un tratado por parte de un Estado que lo ha suscripto, con justificación en su derecho interno (22).

La Corte Interamericana ejerce una revisión de la legislación en concreto (23) (esto es, realiza una revisión de la convencionalidad o no de determinados preceptos, estrictamente en los casos en que estos son traídos a colación por parte de los denunciantes), sin perjuicio de algunos votos a lo largo de la jurisprudencia de este órgano, que se expresan a favor de que este control se realice en abstracto (24) considerando que un Estado Parte incurre en violación de la CADH desde el momento en que aloja en su sistema interno una norma contraventora de la misma, independientemente de que se produzca o no un daño. Es decir, aquel Estado que tenga vigente una ley interna que atente contra la finalidad o las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica es, a toda lógica, susceptible de denuncia o queja internacional (25).

(16) GARCÍA RAMÍREZ, S., nota 8, p. 135.

(17) Corte IDH, caso “Rexacó Reyes vs. Guatemala”, sentencia 7 de septiembre de 2005.

(18) Corte IDH, caso “López Álvarez vs. Honduras”, sentencia 1 de febrero de 2006.

(19) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia 26 de septiembre de 2006.

(20) Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del congreso vs. Perú”, sentencia 24 de noviembre de 2006.

(21) Corte IDH, Caso “Boyce y otros vs. Barbados”, sentencia 20 de noviembre de 2007.

(22) En dicho caso, se advirtió que en jurisdicción interna se había realizado un análisis puramente constitucional sin tener en cuenta las obligaciones emanadas de la CADH.

(23) Corte IDH, Caso “Genia Lacayo vs. Nicaragua”, sentencia 27 de enero de 1995.

(24) El control abstracto, en contraposición del concreto, se define como aquél que se ejecuta a nivel general, independientemente de que la norma haya sido traída a controversia en un caso puntual.

(25) Voto disidente del juez Cançado Trindade en Corte IDH, caso “El Amparo vs. Venezuela”, sentencia 14 de septiembre de 1996.

En cuanto a quién debe ejercer el Control de Convencionalidad, la Corte ha variado sus respuestas a lo largo del derrotero histórico, estableciendo primero que el encargado de dicho control era el máximo órgano del Poder Judicial (26). Luego, la totalidad de los órganos del Poder Judicial (27). Más adelante, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (28). Posteriormente, la Corte otorgó esa facultad a cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (29), hasta llegar al deber de adecuación tanto de las interpretaciones judiciales y administrativas como de las garantías judiciales, a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (30).

Hemos establecido, al inicio de nuestro apartado, que el Control de Convencionalidad se realiza sobre la base del examen de compatibilidad entre la normativa interna e internacional. En el caso de Argentina, el mismo debe hacerse tomando en cuenta que la normativa interna implica las normas nacionales, decretos emanados del Poder Ejecutivo, y las sentencias dictadas por el Poder Judicial. Por otro lado, la normativa supranacional es todo el “Corpus Iuris” incluyendo no sólo los instrumentos ratificados por nuestro Estado, sino también todas las normas de *Ius Cogens* y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ello es así porque el nuestro es un Control de Convencionalidad de tipo difuso, lo que significa que todos los jueces nacionales tienen la obligación de ejercerlo de oficio, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales (31).

Argentina fue uno de los primeros estados en aplicar el Control de Convencionalidad. El 13 de julio de 2007, en el caso “Mazzeo Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció (por mayoría) sobre la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos (art. 99 de la Constitución Nacional) que benefician a personas acusadas de cometer delitos de lesa humanidad (32).

(26) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia 26 de septiembre de 2006.

(27) Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso”, sentencia 24 de noviembre de 2006.

(28) Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia 26 de noviembre de 2010.

(29) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia 24 de febrero de 2011.

(30) Corte IDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia 1º de septiembre de 2011, y Corte IDH, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia 24 de febrero de 2012.

(31) GARCÍA RAMÍREZ, S., nota 8, señala la principal diferencia entre control difuso y concentrado de convencionalidad, explicando que en el control concentrado, el ejercicio del mismo se posa sobre un “órgano jurisdiccional supremo que no formaría parte del aparato judicial tradicional, sino desempeñaría su elevada misión por encima de los órganos clásicos de la división de poderes”. En tanto que el control difuso es ejercido por todos los juzgadores que tienen a cargo el juzgamiento sobre la constitucionalidad de las normas internas, y que tienen la potestad para declararlas de incompatibles con la ley fundamental si fuera el caso.

(32) En su considerando nro. 21, la CSJN dijo: “Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial

De cara a lo antedicho, es posible y además necesario, señalar la importancia de incorporar como pauta elemental el Control de Convencionalidad, conformando este último un entramado con el Control de Constitucionalidad que resulta un camino fructífero para proteger los bienes básicos indispensables. La CSJN ha venido forjando, a través de sus sentencias judiciales, la necesidad de interpretar la normativa nacional de manera integrada al resto de las fuentes del derecho, considerando, entre ellas, a los tratados internacionales de derechos humanos. Esto promueve la no aplicación única, aislada de la ley dado que la misma ofrece redundancias, lagunas, ambigüedades y en muchos casos contradicciones. Esta conjunción de fuentes a la hora de resolver un conflicto otorga al operador jurídico un gran aporte: la utilización de estos elementos (doctrina, jurisprudencia, principios generales del derecho, costumbre, tratados internacionales) junto con la fuente fundamental, le entrega mayor sustento argumentativo cuando la ley presenta insuficiencias. Por otra parte, producto de ese aporte se da la reducción del número de casos problemáticos que no logran ser abrazados por la cuestión formal o literal de la ley. Estos casos no pueden ser resueltos con la sola aplicación de la ley por la razón de que no son posibles de encastrar dentro de la generalidad que regula (necesariamente) la norma jurídica y que, por tanto, precisan la asistencia de esos otros elementos o fuentes. La forma de concebir el papel que desempeña la diversidad de fuentes convierte al derecho en una ciencia de carácter práctico por excelencia y viéndolo de ese modo podemos comprender la incidencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre las sentencias judiciales de la CSJN ya que el derecho se hace posible en función de proteger la dignidad humana y evoluciona a partir de las demandas sociales, independientemente de cuál sea el origen de quien lo invoca. Si el primer concepto de fuentes propuesta por Savigny a mediados del siglo XIX encarna la brillante idea de que el espíritu del pueblo (aquí tal vez encontramos una idea de universalidad) es la fuente creadora que da origen al derecho, ¿Cómo no han de serlo los tratados de derechos humanos, cuando es en resguardo de ese espíritu que los estados se han convenido en celebrarlos bajo responsabilidad internacional?

Esta directiva también se deja ver en las sugerencias del Tribunal Interamericano para con los Estados Parte, en materia interpretativa y de control de convencionalidad: La Corte IDH advierte que en los casos en que no se halle elaborada ninguna jurisprudencia sobre determinada temática para aplicar el Control de Convencionalidad, tienen los Estados la potestad de entender o interpretar las normas internacionales. De este modo, el sistema jurídico en su totalidad se torna flexible, permeable. Respecto de la fecunda propuesta dialéctica, el Código Civil y Comercial ha pronunciado sus primeras palabras. En su sección inicial tenemos la exigencia de abrir puertas a los tratados internacionales al momento de resolver un caso. Esta pauta infiere de manera directa sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad de tipo interno. Este control

debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C nro. 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parág. 124)”

debe realizarse de manera oficiosa, por todos los órganos competentes en esta materia de los Estados Partes del Sistema Interamericano. De ahora en más, los operadores jurídicos del Derecho Argentino (áreas administrativa, legislativa y judicial, tanto nacional como provinciales) deberán aplicar el Control de Convencionalidad de manera automática, instantánea, sin esperar que los derechos sean invocados por las partes. En palabras del ya citado ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez: “sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos (...) para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquellos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio. Otro tanto diremos de los órganos jurisdiccionales”.

Este refuerzo a la enorme tarea de tutelar por la dignidad humana es, de ahora en más, una labor nacional, de oficio y taxativamente inoponible e indisponible.

IV. LA CAPACIDAD Y ALGUNAS CUESTIONES DEBATIBLES

Nuestra intención es, habiendo analizado el cielo internacional que nos alumbraba, estudiar y desentrañar de qué forma el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación adaptó sus disposiciones sobre esta materia en relación con las normas internacionales; rastrear su contenido filosófico; establecer cuál es el grado real de reconocimiento de determinados derechos y conocer cómo es que se atenúan las clasificaciones acusatorias, estigmatizantes, discriminatorias, muchas veces desproporcionadas. Esta tarea es ardua y difícil.

Por ello nos proponemos correlacionar distintos puntos del Libro Primero, Parte General, Título I, Capítulo 2, y los pondremos en correspondencia con el Título Preliminar, y el tratado de principal relevancia en todo este entramado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, junto con el primer Documento de Observaciones Generales de 2014, y las Observaciones y Recomendaciones hechas puntualmente a la Argentina luego de la presentación de su primer informe, conforme lo dispuesto en dicha Convención en su art. 35 inc. 1º. Para esto, analizaremos puntos básicos de este tratado, y sus semejanzas y diferencias con nuestro Código, así como las que tiene con relación a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (33). De este modo, advertiremos en qué medida el Estado Argentino cumple o deja de cumplir con las disposiciones de carácter internacional, que inciden, por supuesto, en las relaciones humanas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo en el ámbito universal de protección de derechos humanos son instrumentos aprobados por Resolución 61/106 por la Asamblea Gene-

(33) Adoptada en Guatemala en el año 1999, y ratificada por Argentina en fecha 1º de octubre de 2001. Su ley de aprobación es la 25.280, de fecha 31 de julio de 2007. Este tratado no posee jerarquía constitucional.

ral de Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006. Quedaron abiertos a la firma el 30 de Marzo de 2007. En la actualidad, 160 países ratificaron la Convención, y 82 el Protocolo Facultativo, dentro de los cuales se encuentra nuestro país, en ambos casos. Su entrada en vigor fue el 3 de mayo de 2008.

En Argentina se aprobó bajo la ley 26.378 de fecha 21 de mayo de 2008, y se le otorgó jerarquía constitucional bajo la ley 27.044, de fecha 19 de noviembre de 2014.

Las principales innovaciones que trae este Tratado Internacional son, por un lado, que admite la presentación de denuncias (o como las llama, comunicaciones) contra un Estado Parte, por parte de una persona física o jurídica residente del mismo, cuando éste incumpla la Convención. Esto no ocurre con la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. Por otro lado, nos encontramos ante la creación de un Protocolo Facultativo al que pueden suscribirse los Estados Parte de la Convención (otra de las diferencias en cuanto a la Convención Interamericana). Para que rija el mismo en un Estado Parte, éste debe haberlo ratificado, lo que implica aceptar la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (órgano del que hablaremos más adelante) para recibir y considerar las comunicaciones.

Esas comunicaciones pueden ser presentadas por:

- Personas sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte que aleguen ser víctimas de una violación por parte de éste de cualquiera de las disposiciones de la Convención.
- Grupos de personas sujetos a la jurisdicción de un Estado Parte que aleguen ser víctimas de una violación por parte de éste de cualquiera de las disposiciones de la Convención.
- Personas en representación de dichas personas o grupos de personas.

Los requisitos para que el Comité declare la admisibilidad de una Comunicación son:

- NO debe ser anónima;
- NO debe constituir un abuso del derecho a la presentación de una comunicación, o debe ser compatible con las disposiciones de la Convención;
- NO debe referirse a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o esté siendo examinada por el Comité;
- Deben haberse agotado todos los recursos internos disponibles (con la excepción de los casos en que la tramitación de estos recursos se prolongue injustificadamente, o que sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo);

- Que sea manifiestamente fundada, o que esté suficientemente sustanciada;
- Que los hechos objeto de la comunicación NO hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte interesado, salvo que sean hechos continuados en el tiempo después de la fecha de entrada en vigor del mismo.

Aparejado a la creación del Protocolo Facultativo, la Convención creó también su propio órgano de supervisión, el Comité Ejecutivo para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de cualquier disposición de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

Conforme los arts. 37 y 39 de la Convención, el Comité presentó su primer documento de Observaciones Generales (34).

En su Apartado II, titulado “Contenido Normativo del art. 12”, en sus párrafos 12 y 13, el Comité define a la capacidad jurídica (ubicada, dentro de la Convención, en el segundo párrafo del artículo bajo análisis) como la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, y la de ejercerlos. De este concepto se desprenden dos caras de una misma moneda. La primera es la capacidad jurídica de ser titular de derechos, llamada *Capacidad Legal*, definida como la que “concede a la persona la protección plena de sus derechos en el ordenamiento jurídico”. Esta capacidad otorga la posibilidad de ser reconocido como persona ante la ley, lo que incluye hechos como “tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscripto en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte”.

La segunda cara de esta moneda es la capacidad jurídica de actuar en derecho, llamada *Legitimación para Actuar*, definida como la que “reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”.

Esta capacidad otorga la posibilidad de actuar con respecto a esos derechos, así como también el reconocimiento de esas acciones por la ley, “simplemente en su condición de ser humano” (35).

Es sobre estas bases que debe observarse la definición de discapacidad que establece la Convención en su art. 1º, párrafo segundo: “Las personas con dis-

(34) CRPD/C/GC/1 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con fecha 19 de mayo de 2014, producto de su 11º período de sesiones entre las fechas 31 de marzo y 11 de abril de 2014.

(35) EL Comité observó que normalmente esta segunda capacidad era muy poco o nulamente respetada puntualmente en las personas con discapacidad, dado que las normativas internas suelen respetar que las mismas tengan bienes en su poder, pero al momento en que estas personas adoptan medidas para comprarlos o venderlos, dichas medidas no les son respetadas ni reconocidas. Señala también que “para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse”, por lo que, entendemos, debe prestarse particular atención a esta segunda capacidad en lo que respecta a las personas con discapacidad.

capacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En contraste, observamos la definición de discapacidad dada por la Convención Interamericana, art. I: “Deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La principal diferencia que hallamos entre ambas es que la que otorga la Convención Interamericana es más amplia que la brindada por la Convención Internacional. En primer lugar, porque incluye a las personas con deficiencias temporales, elemento que no se da en la definición de la Convención Internacional. En segundo lugar, porque además de explicar las consecuencias que pueden derivarse de esas deficiencias (elemento que sí se da también en la Convención Internacional), también incluye de manera precisa las causas que provocan dichos padecimientos, dentro de las cuales puede estar el entorno económico y social. En cambio en la Convención Internacional sólo hallamos como causas, la referencia genérica “distintas barreras” (36).

El Comité define en sus primeras Observaciones Generales, tanto a la *Capacidad Jurídica* como a la *Capacidad Mental*, haciendo hincapié en que éstas no son la misma cosa: “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”.

Ahora bien, a modo de denuncia, el Comité enmarca la existencia de una situación que, en nuestra opinión, y en nuestro país (como en tantos otros), se ha transformado en una práctica constante. Observa allí que en muchos Estados Parte suelen unificarse, confundirse y hasta mezclarse las capacidades diferenciadas más arriba. Siendo más precisos, generalmente en los casos en que se considera que una persona carece de aptitud para tomar decisiones, y que esta carencia es motivada por deficiencias cognitivas o psicosociales, deviene, en consecuencia, en el retiro o la denegación de su capacidad jurídica (37). A este respecto, se produce un análisis basado en tres criterios:

(36) Atento a esta falta de claridad, es que el Comité, asumimos, se vio en la necesidad de aclarar en su documento de Observaciones Generales nro. 1, párrafo 13 que un padecimiento mental “puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”.

(37) Por lo general, al negar la capacidad jurídica de una persona con discapacidad se la priva de muchos derechos fundamentales como ser el derecho a votar, el derecho a casarse y formar una fami-

- Criterio basado en la condición: se determina la discapacidad de la persona en función del diagnóstico de una deficiencia.
- Criterio basado en los resultados: se determina la discapacidad de la persona en función de los resultados evidentes que se dan como consecuencia de la adopción de una decisión por parte de la misma, que le genera un perjuicio.
- Criterio funcional: se determina la discapacidad de la persona considerando que la aptitud de la misma para adoptar decisiones es deficiente, suponiendo una evaluación de la capacidad mental que por arrastre genera la denegación de la capacidad jurídica.

Parece tratarse de una evaluación acerca del funcionamiento de la mente humana, que al no ser superada por tal o cual persona se le lesionan los derechos fundamentales. De todo esto se desprende que tales prácticas, ilegítimamente legitimadas, deniegan la capacidad jurídica y provocan un menoscabo en su condición de persona, lo que está proscripto taxativamente en art. 12 de la Convención. Esta situación indica que bajo ningún concepto puede declararse la incapacidad absoluta de derecho de ninguna persona, por razón de otras discapacidades. Por el contrario, estas personas necesitan de la protección jurídica para restablecer su equilibrio con el resto de la sociedad.

El viejo Código Civil se encaminaba por esta misma línea, ya que no receptaba la incapacidad de derecho absoluta, desde que abolía la muerte civil. Y así también lo hace nuestro Código Civil y Comercial.

En esta línea, Manuel Cobas (38) escribe: “No hay pues personas incapaces de derecho (...), sino incapacidades de derecho en relación a ciertos hechos o actos”.

Lo que significa que no existe incapacidad absoluta de ser titular de derechos y obligaciones.

Pero también lo dice el Comité en sus primeras Observaciones generales: “En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho”.

Y estrictamente sobre las personas con discapacidad: “La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo”.

lia, los derechos reproductivos, el derecho a la patria potestad, el derecho a otorgar consentimiento para una relación íntima, el derecho a otorgar consentimiento para tratamientos médicos y el derecho a la libertad.

(38) COBAS, MANUEL, comentario en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.) - DE LORENZO, FEDERICO - LORENZETTI, PABLO (COORDS.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 106 y 107.

El Comité considera que ningún padecimiento de tipo mental, por mucho sustento médico que pudiera presentar, será razón legítima para denegar la capacidad jurídica de una persona (en ninguna de sus dos vertientes). Es por esto, concluye dicho órgano, que todo Estado Parte cuyas prácticas, en materia de discapacidad, estén dirigidas a realizar exámenes de las características anteriormente mencionadas, incurrirá en responsabilidad internacional por violación del art. 12 de la Convención, que recepta el *igual reconocimiento de la persona ante la ley*.

Dicho en otros términos, el igual reconocimiento de la persona ante la ley es una disposición internacional de derechos humanos; un principio general del derecho, por lo que su desconocimiento atenta contra ese tratado internacional (con todo lo que eso implica), y como se verá, contra lo emanado por nuestro Código Civil y Comercial (39).

**V. CONEXIDAD ENTRE DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, LA CONVENCION SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Y LAS OBSERVACIONES GENERALES EMITIDAS
POR EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

A. Artículo 22

El art. 22 de nuestro Código de fondo expone: Capacidad de derecho.— “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”.

De este modo el código afirma el primer carácter de la persona humana: la capacidad. Desde el punto de vista de Manuel Cobas: “Se trata pues de una cualidad crucial, que la define [a la persona humana] y que caracteriza de manera especial a la persona, junto con su nombre, estado civil o de familia, domicilio y patrimonio, y que como atributo es innato, necesario, vitalicio e indisponible” (40).

Como primera cuestión, este concepto se halla intrínsecamente relacionado con el de capacidad legal, analizado *supra* bajo el mandato de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recordemos que para éste, la capacidad legal es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, concediendo ésta “a la persona la protección

(39) Cabe destacar que el derecho al igual reconocimiento de la persona ante la ley también se halla amparado, entre otros, en el art. 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en el art. 3º de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y en el art. 3º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(40) COBAS, nota 38, p. 105.

plena de sus derechos en el ordenamiento jurídico” (41), y otorgando la posibilidad de ser reconocido como persona ante la ley.

La segunda cuestión que quisiéramos traer a cuento es que la capacidad constitutiva del atributo “innato, necesario, vitalicio e indisponible” de la persona encuentra su justificación central en que el ser humano, en su condición de tal, posee algo que le es propio e inapelable que es la Dignidad. Es esta dignidad humana la que lo hace sujeto poseedor de derechos, de modo anterior o previo a cualquier tipo de sistema legal constitucional de tal o cual país. Tendríamos que poner esto en términos lógicos: nosotros, en sentido lógico, somos individuos con dignidad humana antes que ciudadanos de un país concreto. Establecida aquí la dignidad, necesariamente debemos entender que los derechos humanos expresan o son la manifestación legal de esa dignidad, lo que nos permite justificar que esos derechos humanos tienen una preponderancia lógica, presentes ya con la Constitución histórica y ampliados con la constitucionalización de determinados tratados internacionales de protección de aquellos. Primer llamado a la reflexión en orden a considerar que tales cambios no constituyen otra cosa que novedosas innovaciones antiguas.

Ambos instrumentos (el Código y la Convención) señalan a la capacidad como condición del ser humano, y ambos son partidarios de considerar que la capacidad le permite a la persona ser titular de derechos y deberes jurídicos. También, para ambos instrumentos no existe la incapacidad absoluta en esta vertiente. De hecho, el citado Manuel Cobas reconoce haber ajustado nuestro código de fondo en la capacidad al criterio de esta Convención. Esta decisión ejemplificatoria es típica de la adopción de las medidas necesarias para lograr una armonización de las disposiciones de un tratado con la normativa nacional, comportamiento que está en línea con un correcto Control Interno de Convencionalidad.

Acerca de las especificaciones que establece el art. 22 del Código, podemos decir que sólo se reconocen limitaciones emanadas pura y exclusivamente de la ley. Los fundamentos de éste radican en la antigua necesidad de que las restricciones a la capacidad estuvieran legalmente previstas.

Asimismo, estas limitaciones admiten graduación, en supuestos específicos que marca la ley y que deben ser interpretados restrictivamente. Dentro de éstos, la citada graduación debe siempre ser relativa y nunca absoluta. Este último punto encuentra su justificación dentro de los mismos fundamentos a nuestro Código de fondo, en el que hallamos que el juez tiene la obligación de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de las personas sometidas a este tipo de limitaciones.

Las limitaciones a la capacidad nunca serán impuestas en razón de la persona, sino de hechos (los hechos productores de consecuencias jurídicas), de

(41) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto II. Párrafo 12.

simples actos (aquellos actos a los que la ley le asigne un efecto de ese tipo), o de actos jurídicos determinados (actos jurídicos conceptuados como aquellos destinados especialmente a producir efectos jurídicos) (42).

Por último, toda limitación a este respecto se hará únicamente por razones de orden público, moral, o buenas costumbres, como sucede, a modo de ejemplo, con los arts. 1001 (inhabilidades para contratar) y 1002 (inhabilidades especiales) del nuevo Código.

B. Artículo 23

Art. 23. Capacidad de ejercicio.— “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

De dicha disposición podemos destacar dos puntos importantes:

- El reconocimiento expreso de la capacidad como regla principal.
- El hecho de que las limitaciones resultan de la propia ley o de una sentencia emanada de un juez competente.

En palabras de Manuel Cobas: “Es la aptitud que la persona adquiere durante su desarrollo para ejercer el derecho que le es propio conforme su capacidad jurídica o de goce” (43).

Si analizamos esta definición y la ponemos en correspondencia con el concepto de Legitimación para Actuar dado por el Comité en sus Observaciones Generales, vemos que la idea de Cobas es más abstracta, mientras que la del Comité es más concreta. Recordemos que esta última se constituye como la capacidad jurídica de actuar en derecho, la que “reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin” (44), otorgando la posibilidad de actuar con respecto a esos derechos, así como también el reconocimiento de esas acciones por la ley, “simplemente en su condición de ser humano” (45). Por otro lado, parece evidente decir que Cobas adhiere al sector doctrinario que se funda en la idea de que la capacidad de ejercicio es derivada de aquello que posibilita u otorga la capacidad de derecho, mientras que la definición del Comité se corresponde con el sector doctrinario fundado en la idea de que estas dos capacidades son dos facetas dentro de la capacidad jurídica, que corren en paralelo.

Con el art. 23 de nuestro Código, se eliminó la antigua clasificación de incapaces de obrar gestada en el código de Vélez. Se establecen puntos intermedios

(42) COBAS, nota 38, p. 107.

(43) *Ibíd.*, p. 109.

(44) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Punto II, párrafo 12.

(45) *Ibíd.*, párrafo 14.

dispuestos por las limitaciones de las leyes o sentencias judiciales. Ya no sólo se es capaz o incapaz. Ahora también se puede ser capaz limitado.

Esto se basa en los siguientes elementos que funcionaron como puntos de partida para la creación de un nuevo concepto de capacidad de ejercicio:

- Flexibilidad de las normas;
- Referencia a edad o grado de madurez;
- Necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas;
- Facultades del juez para determinar esas restricciones;
- Obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de esas personas a las que se procura limitar.

En lugar de adaptarse la persona al sistema, el sistema se adapta a la persona, porque como bien puntualiza el Comité, la capacidad mental varía de una persona a otra en función de diversos factores. El sistema jurídico debe entonces tener la solvencia para adaptarse a cada tipo de capacidad, para restringir la capacidad de la persona con padecimientos mentales en función de su protección y bienestar. Al respecto, Rabbi-Baldi señala que “El derecho ostenta como tarea principal y no exenta de una altísima complejidad, el reconocimiento de la persona con todo lo que la caracteriza y, por tanto, con todo lo que le es propio o suyo. Bajo ese prisma, si la justicia es [dar a cada uno su derecho], el primer y más importante [derecho] que debe resguardar es lo suyo personal, de modo que si el derecho existe por el hombre, en rigor, existe a fin de reconocer lo propio de cada uno de ellos” (46).

C. Artículo 24

Art. 24. Personas incapaces de ejercicio.— “Son incapaces de ejercicio:

A) la persona por nacer;

B) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo;

C) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

De este artículo destacamos el inc. C), que se corresponde con nuestra temática.

(46) RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del Derecho*, 3ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2013, p. 51.

Hallamos el fundamento y origen de dicho inciso en el art. 42 de la ley 26.657 de Salud Mental, que introduce el examen interdisciplinario, y la especificación de las limitaciones a realizar, en el antiguo art. 152 ter del viejo Código Civil.

Lo expuesto se plasma en el art. 38:

“Alcances de la sentencia.— La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el art. 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

Este artículo es importante pues determina cómo debe ser la sentencia que resuelva la extensión de las restricciones a la capacidad, y otros puntos importantes de la reforma como la creación de la figura de los apoyos.

El mismo establece condiciones precisas, a efectos de que el juez, al aplicar la norma, deba hacerlo de modo teleológico, y ya no desde un silogismo deductivo. Debe observar únicamente la situación particular del incapaz; contexto social; situación económica; y otros factores, que varían de un caso a otro y que, por consiguiente, demandan tutelas diferenciadas.

La nueva forma de entender las leyes, esto es, no tomarlas como herramienta de instrumentación silogística y aplicación según los requisitos de forma y la voluntad del legislador (47) (como proponía el Código de Vélez en su art. 15), sino de interpretarlas de modo que prime la finalidad que todas y cada una de ellas persiguen (como se infiere del art. 16 del Código anterior), es algo que indudablemente viene dándose desde hace un tiempo.

En este sentido, Rabbi-Baldi señala que “La mirada se fija, de inicio, en el caso por resolver, es decir, en el “problema” y solo después se acude al sistema a fin de munirse de las respuestas técnicas que permitan desentrañar, con justicia, el supuesto bajo estudio” (48).

Producto de esta evolución, es nuestro Código Civil y Comercial. Pero, antes, cabe destacar la Ley Nacional de Salud Mental, promulgada el 2 de diciembre de 2010, la que señala en su art. 42:

“Incorpórase como art. 152 ter del Código Civil:

Art. 152 ter. Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de

(47) Cfr. al respecto, *ibíd.*, p. 248.

(48) *Ibíd.*, loc. cit.

tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

La pauta que emana de esta norma es la que da sustento al nuevo régimen en materia de capacidad, el que aspira a impulsar y proteger el desarrollo de la autonomía personal, custodiando su ejercicio y desarrollo por parte de la persona lejos de toda afectación posible. Así, el sistema jurídico muestra dos aspectos importantes. El primero establece (tanto desde la regulación interna como desde la concordancia entre el Código de fondo y la Convención) que todas las personas tienen la facultad de ejercer sus derechos. La tienen por su condición de persona, que las hace poseedoras de una dignidad innata. Esta dignidad es irrenunciable porque la poseemos antes de ser ciudadanos capaces o incapaces. El segundo es una apertura radical del mismo al momento de determinar cuáles son las herramientas que deben tenerse en cuenta como medios solucionadores de conflictos. A este respecto, Renato Rabbi-Baldi señala: “Un sistema jurídico no sólo es abierto porque, como se vio, se recuesta sobre los problemas que le presenta la realidad de la vida, sino porque es de ésta de la que abrevan algunos de los materiales que habrán de componer su estructura” (49).

Conforme lo visto, esta flexibilización en la determinación de los casos de incapacidad fue muy reclamada y esto es tomado en cuenta por la Comisión reformadora a la hora de explicar sus fundamentos.

También se ha pronunciado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su primer Documento de Observaciones Generales, indicando en su Punto I, Párrafo tercero, que “Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas” (50). Es que, añade, “Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial” (51).

El cambio de régimen para las personas con discapacidad es un paso que necesariamente se debe dar con posteridad a la delimitación de las restricciones a la capacidad. Dar apoyo y no sustitución. Entender que detrás de la capacidad que se limita existe un ser humano, con falencias o deficiencias, pero con otras capacidades y virtudes, cuestiones todas estas de carácter accidental que no se vinculan con la dimensión sustancial que tiene todo ser humano en

(49) *Ibíd.*, p. 257.

(50) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Punto I, párrafo 3°.

(51) *Ibíd.*, párrafo 9°.

razón de su dignidad (52). Determinar un apoyo y no una sustitución, es una forma de limitar la extensión de las restricciones a la capacidad. Al respecto, el art. 12.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad impone: “Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Una vez más, vemos reflejada en una disposición del Código el imperativo internacional. Y si bien queda mucho por hacer a nivel procesal, lo cierto es que lejos estamos del antiguo código condenatorio, lo que significa un gran avance para nuestro país, y un paso más adelante hacia un correcto control interno de convencionalidad.

Hay otras disposiciones del Código que se relacionan con el art. 24, como son el art. 43 relativo al sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad; el 100, que establece la regla general en la representación y asistencia; el 102, que habla puramente de la asistencia; el 103 que involucra al Ministerio Público en esta temática; el 104, que trae el concepto y los principios generales de la tutela y, por último, el art. 138, que establece las normas aplicables a la Curatela.

D. Artículo 31

Art. 31. Reglas generales.— “La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d. la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e. la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f. deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”.

Veamos cómo se contrastan cada uno de estos incisos con los distintos instrumentos con los que venimos trabajando.

(52) Ver sobre esto RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 46, Capítulo I.

1. La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial

En cuanto a la presunción de la capacidad en la persona humana, también lo dispone el art. 3º de la Ley de Salud Mental: “Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”.

Si bien el Comité no se expresa acerca de presunciones de capacidad, sí lo hace con respecto a que “el ‘desequilibrio mental’ y otras denominaciones (...) no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar)” (53).

Nuestro Código adhiere a esa opinión, si se tiene en cuenta la incorporación del régimen de apoyos, justamente para evitar el resultado de la eliminación de la capacidad jurídica en las personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad poseen el mismo derecho que las demás personas a tener y gozar de una capacidad jurídica, tal como lo establece el art. 12 de la Convención. De no reconocerse este derecho, se estaría discriminando por razón de discapacidad, lo que es definido en la Convención como: “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los *ámbitos* político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (54).

Esto no implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no puede ser limitada (de hecho sí puede serlo, tal y como venimos sosteniendo desde la existencia y análisis de estos artículos), sino que puede serlo en los casos previstos por nuestro Código de fondo, pero nunca por motivo de su propia discapacidad.

En cuanto a la presunción de la capacidad aún en los casos en que las personas con discapacidad se encuentren internadas en un establecimiento asistencial, es una cláusula que era urgentemente necesaria dadas las condiciones de extrema vulnerabilidad que sufren estas personas en dichos ámbitos (55).

(53) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto II, párrafo 13.

(54) Art. 2º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(55) En este sentido, KRAUT, ALFREDO JORGE - PALACIOS, AGUSTINA, en su comentario al *Código Civil y Comercial* citado en la nota 38, p. 128, afirman que: “La capacidad jurídica debe presumirse, según el Código, incluso cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial. De este modo, además de establecerse la fórmula de igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad en materia de capacidad jurídica, se refuerza dicha garantía en situaciones donde las personas se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de sus derechos, como puede ser una situación de internamiento”.

En esa línea, cabe destacar que el art. 41 *in fine* de nuestro Código establece que “toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones”.

Es que, si no estuviese este derecho taxativamente establecido, se incurriría en responsabilidad constitucional e internacional por violación, entre otros, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 12.4; 15.2; 16.3 y 16.4).

Observamos nuevamente una adecuada decisión por parte de la Comisión redactora del Código al haber receptado normativa internacional dentro del plexo interno, ejecutando de tal modo un control interno de convencionalidad.

Obviamente, ante dudas debe estarse al reconocimiento de la capacidad de la persona.

2. Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona

Además de lo relacionado con el art. 23 y sus fundamentos, corresponde mencionar que las excepciones bajo las cuales se puede limitar la capacidad de una persona se encuentran establecidas en los arts. 32, 36, 43 y 48 del Código. Esta excepcionalidad responde a que, aunque se limite la capacidad en casos muy puntuales, siempre se está restringiendo en algún grado el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, y como bien lo marca este inciso, siempre que se restrinja la capacidad debe hacerse en beneficio y protección de la persona (56), de modo tal que las medidas a tomar sean lo menos restrictivas posibles para el ejercicio de sus derechos.

Este inciso puede también relacionarse con uno de los principios fundadores de la Convención, ubicado en su artículo tercero inciso a): “el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

Alfredo Jorge Kraut y Agustina Palacios sostienen que la excepcionalidad se da tanto para la casuística como para aquello que se quiere restringir (dado que sólo se restringe la capacidad para hechos, simples actos, o actos jurídicos, determinados) (57).

3. La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial

Este inciso se relaciona con el art. 8º de la Ley de Salud Mental:

“Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y

(56) *Ibíd.*, p. 131: “El término ‘beneficio de la persona’ Significa que la restricción de la capacidad jurídica no puede tener otro fin que el respeto y la promoción de su autonomía y la protección de sus derechos”.

(57) *Ibíd.*, p. 129.

otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las *áreas* de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes”.

También se relaciona con su art. 5º: “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”.

Lo expuesto entraña que nunca un diagnóstico puramente médico puede derivar en el desplazamiento por completo de la capacidad jurídica de una persona. Siempre el examen debe ser interdisciplinario, respondiendo a la realidad de las diversas vertientes que tiene la capacidad de una persona. Al respecto, Kraut y Palacios señalan que “desde el aporte de disciplinas como la bioética, la psicología, el trabajo social, etc., es posible interpretar de manera más integral la situación contextual de la persona y replantear los criterios clásicos de abordaje” (58).

A efectos de la ejecución de lo establecido en este inciso por parte de los magistrados, resulta controvertida la cuestión sobre cuáles son los tiempos que deberán transcurrir para aplicar tales medidas. Entendemos que debería realizarse dentro de un plazo razonable, específicamente teniendo en cuenta las particularidades de las condiciones del presunto incapaz, que también deberán ser tenidas en cuenta para determinar cuáles serán los profesionales idóneos para ocuparse de buscar la mejor solución para tutelar los derechos de las personas con padecimientos mentales.

Asimismo se plantean diversos interrogantes como qué disciplinas deberán intervenir; cómo será el modo de intervención del personal perteneciente a dichas disciplinas (teniendo en cuenta que se analizará caso por caso para poder adaptar las normas a las particularidades de la persona), y qué sucederá en los casos de extrema urgencia, donde sea imperativa la necesidad de tomar decisiones rápidamente. Desde el punto de vista dogmático, los presentes cambios importan valorables principios que tienen que ver con el respeto por la dignidad humana, pero en la práctica, debido a la ausencia de organismos idóneos, nos encontramos ante una contradicción con la teoría. La labor interdisciplinaria implica la integración de diversas ramas científicas, y a esto se refieren tanto la Ley de Salud Mental como su Decreto Reglamentario 603/2013. Ambos se interpretan desde el punto de partida de que cada profesional interviene en el ámbito de sus incumbencias. En principio, consideramos fundamental la presencia de psiquiatras y trabajadores sociales para poder dar cuenta de la situación contextual de las personas pasibles de restricción a su capacidad, porque también así lo señala el art. 37 del Código Civil y Comercial de la Nación, que puntualiza cuáles son los aspectos sobre los que debe pronunciarse la sentencia.

(58) *Ibíd.*, p. 134.

4. La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión

Las herramientas de comprensión y comunicación hacen, por un lado, a la labor interdisciplinaria para la inserción social de las personas con discapacidad y, por el otro, al ejercicio de las personas con discapacidad de su derecho a la información. Los obstáculos generalmente existentes para la accesibilidad de las personas con discapacidad son los que generan este espacio entre ellas y el resto de la sociedad, afectando su integridad social, y en consecuencia, su efectiva capacidad jurídica. Es que si las personas con discapacidad no pueden tener acceso a la información, mucho menos podrán hacer valer sus derechos, ni ejercerlos, y sus obligaciones, en igualdad de condiciones con las demás personas. La Convención insta, en sus primeras Observaciones Generales a los Estados Parte a que aseguren por medio de su ordenamiento jurídico la real efectivización del ejercicio de la capacidad jurídica y la accesibilidad por parte de las personas con discapacidad (punto III, párr. 37), en los artículos siguientes:

El art. 9.1 contiene 10 incisos; así, el apartado f: “Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información”.

Art. 9.1, inc. g).— “Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet”.

Art. 9.1, inc. h).— “Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo”.

Art. 21. — Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del art. 2º de la presente Convención, entre ellas: a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad; b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales; c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso; d) Alentar a los medios de comunicación,

incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad; e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas”.

5. La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios

Este derecho de las personas a participar y ser parte en el proceso ocurre durante toda la tramitación, según lo establecido en el art. 36. A su vez, el art. 35 establece que es una obligación del juez entrevistar a la persona de que se trate, para asegurar que éste obtenga la accesibilidad y ajustes razonables necesarios durante el proceso.

Esto es elemental por dos razones. La primera, porque cada persona con discapacidad posee una discapacidad diferente, y aún en los casos en los que la deficiencia sea la misma, es vivida por cada persona de distinta manera, y en distintas intensidades. Es por esta razón que el juez debe estarse a dichas particularidades en cada caso concreto, lo que le dará más datos para una decisión más justa y adecuada a la persona. Volvemos a la idea de que el sistema se adecúe a la persona, y no la persona al sistema. Es decir, se parte del “problema” y de ahí se va al “sistema para encontrar respuestas adecuadas” (59). La segunda razón es que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a la información y al proceso judicial, incluso oponerse a éste, y hasta colaborar. En el supuesto de no garantizarse este derecho mediante una entrevista personal, además de incumplirse lo estatuido por el Código, cabría eventualmente responsabilidad internacional por parte del Estado Argentino, por violación a derechos consagrados en los artículos de la Convención mencionados en el inciso anterior, así como los establecidos en el art. 12 por violar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Este inciso particular implica un paso más hacia el cambio de modelo, desde la adopción de decisiones por sustitución hacia la adopción de decisiones por sistemas de apoyo. En palabras de Kraut y Palacios: “Ese cambio de paradigma implica que, desde la asunción de que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser SI una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en *qué necesita* la persona para ejercer su capacidad jurídica” (60).

En igual sentido, el art. 13 de la Convención dice: “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa

(59) Sobre esto, ver RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 46, ps. 247-262.

(60) KRAUT - PALACIOS, nota 55, p. 139.

de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

Cuando hablamos de “ajustes razonables”, estamos refiriéndonos a medidas como la que marca el art. 13.2. de que capacitar al personal para que responda a las exigencias de las personas con discapacidad es integrarlas a la sociedad, es ajustar la balanza para que el resultado sea de la misma efectividad que si dichas personas no tuvieran deficiencia alguna.

Cuando el entramado judicial se acomoda a la persona, cuando el sistema en su conjunto atiende a la persona y se moldea conforme a ésta, también estamos en presencia de “ajustes razonables”. Razonables, porque es evidente que sin ellos la persona con discapacidad no ejerce una efectiva capacidad jurídica. Sin ellos la persona no es reconocida en igualdad de condiciones con las demás ante la ley.

En la opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Para que las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las demás, debe reconocérseles la personalidad jurídica con la misma capacidad ante las cortes de justicia y los tribunales. Los Estados Parte también deben velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones con las demás”.

Para que esto sea posible, plantea el Comité, todos los agentes encargados de brindar respuestas a las personas con discapacidad (como policías, trabajadores sociales, etc.) deben estar formadas y preparadas para otorgar efectivización de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, dándoles el mismo lugar que le dan a las personas que no tienen ningún tipo de deficiencia (61).

6. Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades

El juez tiene la obligación de priorizar aquellas medidas que resulten menos restrictivas de los derechos y libertades de la persona sujeta a restricción a su capacidad, principio general que debe regir todo el proceso judicial, y que constituye asimismo el fin de dicho proceso ya que el mismo debe tender a brindar las medidas de apoyo necesarias para potenciar su autonomía y el ejercicio de sus derechos. Esto implica pensar a la persona como capaz desde un inicio, lo que afecta el modo de implementar las medidas, ya que se tenderá a posibilitar que el individuo se desarrolle solo, autónomamente.

(61) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto III. Párrafo 39.

En este inciso vemos reflejadas las mismas pautas que establecen un sistema jurídico de tipo “abierto”, mencionadas más arriba. Hasta el 1º de agosto de 2015, el Código Civil había mantenido una forma hermética en el sentido de atender los casos que envolvían controversias sobre la capacidad de un modo generalizado, con normas que describían a todos los pacientes mentales en igualdad de condiciones al momento de demandar tutelas. El sistema abierto, en principio, otorga soluciones a las lagunas legales que puedan existir, las que son condición preexistente para que dicho sistema se abra, generando su modificación constante. Sumado a esto, un sistema abierto no concibe al legislador como “ultrarracional” (62), es decir, como un operador de las leyes que actúa de un modo sistematizado.

La entrevista del juez con el padeciente, la labor interdisciplinaria al momento de inferir en una decisión judicial, la exigencia de restringir la capacidad sólo en situaciones límites, son los elementos que permiten revertir dichas situaciones, es decir que allí donde las normas suponían igualdad (al momento de visualizar las causas como un todo homogéneo), hoy plantean una serie de medidas tendientes a poner en situación de igualdad a aquellas personas que no lo estaban, presentándose de modo individualizado para atender a los distintos casos.

E. Artículo 32

Art. 32. — Persona con capacidad restringida y con incapacidad.

“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Observando el primer párrafo de este artículo, vemos que se refiere a las razones bajo las cuales el juez puede limitar la capacidad de una persona mayor de 13 años (quedan excluidas aquí las personas que no hayan cumplido 13

(62) RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 46, p. 233.

años. No obstante, entran dentro de esta categoría los adolescentes), que taxativamente deben ser las marcadas por la norma. En este caso, esas razones pueden ser los supuestos de adicción o de alteración mental, permanente o prolongada, con gravedad suficiente. Esto refuerza la idea del Comité en el sentido de que una deficiencia no debe ser motivo suficiente para negar la capacidad jurídica a una persona (63). El Código, pues, limita la capacidad, no la anula. Asimismo, el artículo exige que sea suficientemente evidente que el ejercicio pleno de su capacidad pueda provocar daños en su persona o en sus bienes, tanto como para que el juez pueda verlo. Es decir, la razón del artículo se posa, no en su deficiencia, sino en lo que ella provoca de manera perjudicial.

Es que, de no ser así, no sólo se incumple el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino que también nos estaríamos adentrando en la discriminación por motivos de discapacidad (64).

Es claro que para determinar la existencia jurídica de un padecimiento mental que dé razones suficientes para una limitación a la capacidad, es necesaria la intervención de los ámbitos jurídico y psiquiátrico. Pero el Código además prevé un análisis de tipo interdisciplinario. Explica la Comisión Reformadora en sus fundamentos, que se ha basado nuestro Código de fondo en la base impuesta por la Ley de Salud Mental, la que otorga un marco obligatorio dentro del cual el Código puede regular, pero siempre progresivamente.

Explican Alfredo Jorge Kraut y Agustina Palacios en su ya citado Comentario al nuevo Código, que en miras a eliminar la categorización de la capacidad en función de un diagnóstico puramente psiquiátrico, este nuevo análisis interdisciplinario “exige considerarla a partir de su especificidad como ser humano, y desde una mirada interdisciplinar. El abordaje interdisciplinar permite brindar una visión de la persona situada y contextualizada. Lo hace en el *ámbito* de su interacción social” (65).

En cuanto a la referencia a “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada”, la misma entraña la obligación de evaluar las posibilidades de la persona de comprender la naturaleza y consecuencias de sus actos, lo que se relaciona con el art. 35, que obliga al juez a tener inmediatez con la persona a la que procura limitar la capacidad para poder efectivizar esto último, y a su vez, con el art. 31 inc. d), en el sentido de que es necesario primero brindarle a la persona información y tecnologías adecuadas para su comprensión, para evaluar en qué medida la persona comprende o no la naturaleza y consecuencias de sus actos.

(63) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto I. Párrafo 9°.

(64) Recordemos que dicha discriminación se definía como “Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los *ámbitos* político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

(65) KRAUT - PALACIOS, nota 55, p. 142.

Nuevamente en el texto de este artículo observamos plasmado el criterio rector de la reforma del Código, a saber, la flexibilización de las normas, bajo el cual se aplica el principio *pro homine* en el sentido que la restricción de la capacidad tiene carácter de excepción y se halla supeditada, no a la sustitución sino a otorgar el debido apoyo para su ejercicio. Estos apoyos deben promover la autonomía de la persona protegida. Se materializa entonces un cambio de paradigma desde el sistema de adopción de decisiones por sustitución al sistema de adopción de decisiones por apoyo. La flexibilidad mencionada apunta a una selección por parte del juez, lo que le permite eludir la opción de desplazar por completo la capacidad jurídica de la persona, y con ello su personalidad, fundado en decisiones interdisciplinarias, lo que las hace interactuar con distintas pautas de diferentes sectores analíticos para lograr una decisión más integradora y justa.

En relación con el segundo párrafo del art. 32, siempre que se restrinja, limite o incapacite a una persona, debe primero comprobarse que se da efectivamente uno o más supuestos de los previstos por la ley, que indiquen la necesidad de aplicar una asistencia. Una vez comprobado esto, y establecida la necesidad de un apoyo, el mismo debe implementarse siempre en “beneficio de la persona”.

Este término se contrapone con el viejo concepto de “interés superior” del Código derogado. El mismo, característico del sistema de adopción de decisiones por sustitución, provoca que la persona encargada de sustituir a quien se declare incapaz, tome decisiones por éste último considerando su “interés superior”, pero esto podría llevar a reemplazar la voluntad del paciente mental, en lugar de tenerla en cuenta en conjunto con sus preferencias.

En palabras del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos estos regímenes tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una *única* decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias” (66).

Para poder lograr este cambio de paradigma regido principalmente por la toma en cuenta de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, es necesario que se garantice la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda expresarse libremente y acceder a la información necesaria a tales

(66) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto III. Párrafo 27.

efectos (derecho a la libertad de expresión de opinión y acceso a la información, art. 21 de la Convención); de que pueda acceder a todo medio y tipo de comunicación necesarios para dicho objetivo (derecho a la accesibilidad, art. 9º de la Convención), y de ser tratado en igualdad de condiciones con las demás personas ante la ley (derecho a la Igualdad y no discriminación, arts. 5º y 12 de la Convención), estableciendo primeramente los ajustes razonables necesarios para beneficio de dicha persona (art. 2.4 de la Convención).

El apoyo puede proporcionarse, entre otras formas, como representación, que se da en los casos que menciona el último párrafo del artículo bajo análisis. Este párrafo alude, no a cualquier situación de discapacidad, sino a aquella en la que es imposible fácticamente que la persona ejerza sus derechos (67). Claro ejemplo de esto pueden ser los casos de estado de coma permanente, o padecimientos mentales profundos que impidan tomar decisión alguna, según surge de los fundamentos del Código. Cabe destacar que no es menor detalle la exigencia de que previo a toda medida de apoyo como representación, es imperiosamente necesario que se hayan agotado todas las alternativas anteriores, es decir, que todos los sistemas de apoyo previos hayan sido de resultado ineficaz.

Todos estos elementos deben estar correctamente justificados en la sentencia, junto con el establecimiento de las salvaguardias para que la representación aludida se lleve a cabo conforme las reglas que establece el Código. Pero este acto, reiteramos, debe reflejar las decisiones de la persona conforme sus deseos y preferencias.

El juez debe designar un curador que (entre otras funciones) representará a la persona exclusivamente conforme lo que diga la sentencia.

La Comisión Redactora ha afirmado en los fundamentos al Código, que la principal función del curador es cuidar a la persona y los bienes del capaz restringido, y tratar de que recupere su salud. Podemos ver entonces que el rol del curador ya no es el establecido por el viejo Código (68). Ya no tiene permitido sustituir, sino que ahora tiene el deber de cuidar de la persona con discapacidad, así como de contribuir activamente para su recuperación, en su rehabilitación y reinserción a la sociedad, siempre en la medida de lo fácticamente posible. Este supuesto es calificado como de “Incapacidad relativa”, término que en principio se destina para la persona que no cuenta con la edad ni grado de madurez suficiente, pero también para el supuesto de imposibilidad total de

(67) KRAUT - PALACIOS, nota 55, p. 151, mencionan que dicha situación se evidencia por las siguientes pautas: a) Ningún signo de conciencia por parte de la persona; b) Ningún signo de conciencia sobre sí por parte de la persona; c) Ningún signo de conciencia sobre el ambiente por parte de la persona; d) Situación de absoluta imposibilidad de interactuar con los demás por parte de la persona; e) Situación de absoluta imposibilidad de reaccionar a estímulos adecuados.

(68) Recordemos los viejos arts. 61 (“Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare”) y 62 (“La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código”).

interacción y expresión de voluntad, sumado al hecho de que los apoyos previos hayan resultado ineficaces.

Sin embargo, este artículo admite también algunas críticas que es necesario tener en cuenta.

En el Código derogado, las personas eran plenamente capaces, o incapaces absolutas para obrar. Este régimen rígido fue corregido por la jurisprudencia. Luego, la capacidad plena se reformó con la Ley 17.711, incorporando la capacidad genérica con las excepciones de los actos prohibidos por ley, o por sentencia del juez, y la incapacidad genérica, con la excepción para los actos que el juez autorizara. Coexistían, de esta manera, dos regímenes.

Por otro lado, la Ley de Salud Mental, en su art. 42 incorporó el 152 ter al Código derogado, que luego sería el actual art. 38 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El mismo establecía:

“Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Asimismo, el art. 101 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

“c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del art. 32, el curador que se les nombre”.

Cabe concluir, entonces, que la función de los apoyos puede variar de un caso a otro, a escalas grandes. Lo cual, por un lado, implica un avance en el “dar a cada uno lo suyo” inherente al valor justicia pero, por el otro, entraña un descuido hacia la seguridad jurídica en las hipótesis en las que la restricción a la capacidad es tan variable. Para el supuesto en análisis, corresponde plantear hipotéticamente cualquier situación en la que una persona con capacidad restringida quiera celebrar un acto jurídico, situación en la que en principio no habría modo de saber con certeza, para terceros, el grado de restricción a la capacidad de la persona, así como tampoco para el funcionario público o profesional del derecho en ejercicio de una función pública (en caso de ser necesaria su intervención, es decir, en los casos en que el acto jurídico deba celebrarse mediante instrumento público). Entendemos que sólo se establece el deber del juez, pero siguen pendientes de análisis varias figuras e instituciones jurídicas.

F. Artículo 35

Art. 35.— Entrevista personal. “El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias”.

El derecho de acceso a la justicia se materializa con los medios idóneos que lo garanticen. Así, conforme el texto de este artículo el juez debe disponer una entrevista personal de modo previo al dictado de sus resoluciones. Este derecho implica, en la medida en que sea garantizado, la efectivización de otros derechos tales como la inmediatez con el juez, la accesibilidad, y los ajustes razonables, condiciones básicas para garantizar el debido proceso del juicio en el que se procure establecer cualquier tipo de restricción a la capacidad de una persona.

1. Inmediación con el juez

Como en todo proceso judicial, y este caso no será una excepción, el juez debe reunir ciertos elementos precisos para dictar sentencia. Uno de ellos, en lo que respecta a las restricciones a la capacidad, es el conocimiento de la persona.

Según explican Kraut y Palacios en su citado comentario existen dos tipos de conocimiento. El formal, y el que se da de manera constante durante el proceso. Esto permite que el juez pueda comprender de mejor manera la situación de la persona con discapacidad, lo que incluye sus habilidades (es decir, lo que sí posee) y sus necesidades (es decir, lo que le falta para poder ejercer plenamente su capacidad jurídica), de tal modo que pueda diferenciar estos dos elementos y llegar a una decisión más adecuada al beneficio y protección de la persona en cuestión (69).

Esto se conjuga con lo pregonado en los fundamentos al Código: la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas.

Independientemente de lo mencionado, el juez debe tener una entrevista con la persona antes de dictar resolución.

Como puntualizamos, este derecho se condice con el derecho a la accesibilidad, consagrado en el art. 9º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El mismo, en su punto 1 inc. b), explica que los Estados Parte deberán garantizar el acceso de las personas con discapacidad a: “Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia”.

(69) KRAUT - PALACIOS, nota 55, ps. 165 y 166.

Y en su punto 2, inc. f), establece que los Estados Parte deberán implementar medidas para: “Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información”.

También se compatibiliza con lo dispuesto en el art. 13.2 de la Convención: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

2. La accesibilidad

La accesibilidad se alcanza al considerar tanto el diseño universal como los ajustes razonables.

La Convención define al diseño universal como: “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”.

Este concepto se relaciona con el art. 31, inc. d): “la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”.

También la Convención conceptualiza a los ajustes razonables: “Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Con el resultado del diseño universal y los ajustes razonables, el juez puede justificar la aplicación de medidas de comunicación más sencillas, y toda otra medida idónea a efectos que la persona comprenda y se exprese, en la medida de sus posibilidades.

A nuestro modo de ver, en la práctica procesal los posibles casos que requieran de apoyos deberían ser estandarizados por el Poder Judicial previamente, de modo tal que al momento de utilizar la herramienta de apoyos funcione como modo de accesibilidad universal, es decir, que las diversas posibilidades se encuentren previamente abarcadas por el ordenamiento, promoviendo así la seguridad jurídica y, en lo sucesivo, posibilitar que los supuestos que no encuadren con estos estándares puedan ser sometidos al régimen de apoyos a modo de ajustes razonables. Esto equivale a decir que sean resueltos conforme a derecho aunque no hayan sido previstos, a modo de “acomodamiento”. Nuevas formas de “ajustes razonables” podrían ser incluidas dentro de los supuestos de apoyo, como filmaciones o audiencias, entre otras. De esta forma, se estaría

garantizando el derecho al acceso a la justicia, consagrado en el art. 13 de la Convención.

Esto se relaciona, una vez más, con el mandato de flexibilidad de las normas pregonado por la Comisión Redactora del Código, permitiendo la inclusión de casos y la adecuación de las normas a estos últimos, quedando garantizado, mediante todo este entramado, el citado art. 13 de la Convención.

G. Artículo 36

Art. 36. Intervención del interesado en el proceso. Competencia.—
“La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa”.

Este texto resalta la calidad procesal de parte que se otorga, ahora, a toda persona susceptible de ser declarada incapaz, como también para el supuesto en que se pretenda restringir la capacidad. Indica que el proceso debe iniciarse ante el juez del domicilio de la persona o del lugar donde se halla internada. En este proceso la persona en todo momento debe contar con asistencia letrada propia, o en su defecto, será proporcionada por el Estado. Esto último debe ser garantizado por el juez desde el principio.

El carácter de “parte” de la persona es inviolable. Tiene derecho a expresar sus pensamientos y opiniones, y derecho a ofrecer pruebas en razón a los hechos que la involucran. Si bien esto no estaba consagrado en el Código de Vélez (lo que implica un gran cambio), la doctrina lo había incorporado ya dentro del derecho de defensa en juicio, según surge del Comentario al Código Civil y Comercial de la Nación de Ricardo Lorenzetti (70).

Esta singular situación que el Código innova está resguardada por las garantías de accesibilidad (71), ajustes razonables (72), y apoyos (73), todo en concordancia con el art. 35 ya referido.

El abogado que represente a la persona con discapacidad debe brindarle asistencia, defender sus voluntades e intereses, y desempeñarse conforme lo impone este Código.

Los elementos de calidad de parte y asistencia letrada se relacionan con los derechos de participación y acceso a la justicia, que apuntan a facilitarle a la persona el poder de desarrollar cualquier rol en el proceso, en miras a garantizarle la expresión de sus pensamientos, opiniones y voluntades, adecuadamente y según su condición.

(70) *Ibíd.*, p. 110.

(71) Art. 9º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(72) Art. 2º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(73) Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y art. 43 del Código Civil y Comercial de la Nación.

H. Artículo 38

Art. 38. Alcances de la sentencia.

“La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el art. 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

Este artículo, asigna los alcances que requiere toda sentencia en la materia analizada. Así, señala que toda afectación a la autonomía personal sea en el grado menor posible (conforme los arts. 31 y ss.); debe determinar in extenso el alcance y límites de las restricciones impuestas a la capacidad; la designación de una o más personas que ejerzan la función de apoyo, en caso de restricción, y de curatela, en caso de incapacidad. Para ambos supuestos, la sentencia también debe especificar la validez de los actos sujetos a restricción, así como indicar las personas intervenidas y la modalidad de las actuaciones. Es decir, todo acto, decisión, derecho, que no se encuentre limitado o expresamente restringido por la propia sentencia, se presume de pleno derecho como que la persona goza de capacidad.

En palabras de Kraut y Palacios, al instalar el Código la presunción de capacidad (presunción *iuris tantum*) “en todos aquellos actos, decisiones o derechos que no hayan sido expresamente restringidos o limitados por la sentencia, la persona goza de plena capacidad *ipso iure* conforme lo establece el art. 23” (74).

Otro cambio que trae este artículo es la posibilidad de una pluralización en la elección de los apoyos, así como también en la curatela. Además, la propia persona sujeta a restricción en su capacidad puede, según el art. 139 (“personas que pueden ser curadores”), nombrar su propio tutor por directiva anticipada en caso de eventuales discapacidades, lo cual suena lógico si pensamos que los sistemas de apoyo se conciben como protectores de la persona con discapacidad, y de ayuda para estimular su autonomía, lo que incluye que éstas puedan tomar decisiones.

Cabe aclarar que para que un apoyo sea válido jurídicamente debe cumplir con los siguientes requisitos según el art. 43:

- Que hayan sido designados en la sentencia;
- Que hayan aceptado su cargo las personas seleccionadas;
- Que hayan sido inscriptos en caso que corresponda hacerlo.

(74) KRAUT - PALACIOS, nota 55, p. 184.

Esto se fundamenta en que por motivos de mal desempeño, las personas designadas para un apoyo pueden ser pasibles de responsabilidad civil.

En los casos de incapacidad, el juez debe establecer en la sentencia:

- a) El/los actos o decisiones que serán limitados;
- b) Nombramiento de los curadores;
- c) Modalidad, actuación y condiciones de validez.

En los casos de capacidad restringida:

- a) El/los actos o decisiones que serán restringidos;
- b) Designación de la/las personas de apoyo;
- c) Establecer su modalidad de actuación y condiciones de validez.

I. Artículo 43

Art. 43.— Concepto. Función. Designación. “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Presumida *de iure* la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es obligación de los Estados proporcionar a éstas el acceso al apoyo.

Este artículo define a este apoyo como todo un sistema de medidas judiciales y extrajudiciales destinado a facilitar la toma de decisiones de estas personas para el pleno y legítimo ejercicio de sus derechos. Ahora bien, “las medidas”, deben cumplir el objetivo para el cual fueron creadas. Es decir, ser adecuadas y efectivas siempre en pos del ejercicio de la capacidad jurídica, desde el respeto de los derechos al mandato de la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” de la persona con discapacidad.

No hallamos dentro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ninguna definición concreta de apoyos, pero sí su materialización conceptual en distintos artículos de la misma, a saber:

- 4.h (Obligaciones generales): como modo de información accesible para personas con discapacidad, mediante dispositivos técnicos, nuevas tecnologías, formas de asistencia;
- 12.3 (Igual reconocimiento como persona ante la ley): como deber del Estado de proporcionarlo a través de medidas pertinentes que logren cubrir necesidades de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica;
- 12.5 (Igual reconocimiento como persona ante la ley): como modo de garantizar los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas;
- 16.2 (Protección contra la explotación, la violencia y el abuso): como modo de aplicar especial atención en el género y la edad de las personas con discapacidad para asistir y prevenir cualquier forma de explotación, violencia y abuso;
- 19 (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad): como medida imperativa para facilitar el pleno goce del derecho a vivir en comunidad de las personas con discapacidad;
- 19.b (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad): como servicios de asistencia domiciliaria para las personas con discapacidad con el objetivo de facilitar su inclusión en la comunidad y evitar su aislamiento;
- 20.a (Movilidad personal): como imperativo de facilitación de la movilidad de la forma en que lo necesiten;
- 20.b (Movilidad personal): como asistencia humana o animal, tecnologías y dispositivos para la movilidad de la persona con discapacidad;
- 20.d (Movilidad personal): como modo de alentar a empresas dirigidas a crear ayudas para personas con discapacidad para que tengan en cuenta sus necesidades;
- 23.2 (Respeto del hogar y de la familia): como asistencia a personas con discapacidad que tengan hijos, para un mejor desempeño de sus responsabilidades;
- 23.3 (Respeto del hogar y de la familia): como servicios e información anticipada a familias que tengan hijos con discapacidad, que apunten a evitar la separación de éstos con el resto su familia;
- 24.1.d (Educación): como medidas de asistencia para personas con discapacidad en el ámbito de la educación para efectivizar una real formación;
- 26.1 (Habilitación y rehabilitación): como programas de habilitación y rehabilitación generales en ámbitos como la salud, empleo, servicios

sociales, etc. con el fin de que las personas con discapacidad logren mantener la máxima independencia;

- 26.3 (Habilitación y rehabilitación): como obligación de los Estados de promover asistencias para la habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad;
- 27.1.d (Trabajo y empleo): como asistencia general de orientación vocacional y formación profesional de las personas con discapacidad;
- 27.1.k (Trabajo y empleo): como modo de promover la rehabilitación profesional y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad;
- 30.4 (Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte): como soporte de la identidad cultural y lingüística de las personas con discapacidad por medio del lenguaje de señas.

A este respecto cabe destacar que en sus primeras Observaciones Generales, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado que los apoyos son accesos precisos que los Estados Parte tienen obligación de proporcionar a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en lo que concierne a decisiones que tengan efectos jurídicos, no decidiendo por ellas, sino respetando sus voluntades y preferencias (75).

Variará de una persona a otra dependiendo de la diversidad en las personas, pero en toda oportunidad debe respetarse “la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” (76).

Destaca también que no necesariamente todas las personas con discapacidad deciden recibir apoyos.

En cuanto al Código Civil y Comercial de la Nación, éste en su art. 43 define los apoyos como: “cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”.

Este texto se basó en la Convención, que establece que los apoyos son el acceso que el Estado debe garantizar a las personas con discapacidad en el marco del ejercicio de su capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida” (77).

Este concepto nace de la evidente realidad social que nos toca, en la que todos los seres humanos nos dirigimos en la búsqueda de apoyos en la toma de decisiones. Esto se traduce a un lenguaje normativo, tomando la forma de

(75) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto II. Párrafos 16 y 17.

(76) *Ibid.*, párrafo 18.

(77) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12.2.

Sistema (parágrafo 2º: sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad), Medidas (art. 43 de nuestro Código) o Designaciones (arts. 32 y 47 de nuestro Código), y dando cuenta de la diversidad de modalidades y factores que conforman el proceso humano de toma de decisiones.

1. Elementos del sistema de apoyo

De lo que surge entre la Convención y las Observaciones Generales del Comité, podemos establecer que los elementos del sistema de apoyos son los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. Todas las medidas que apuntan a un apoyo para estas personas, tienen en miras, no su *"interés superior"* sino la *"mejor interpretación posible"* de esas voluntades y preferencias, para ayudarlos a concretarlas y efectivizarlas. Debe ser la persona la que en instancia final tenga la decisión. Por eso es fundamental que el objetivo principal de este sistema de apoyos sea la autonomía y voluntad de la persona.

En los casos en los que la persona no pueda de ningún modo manifestarse, entendemos que el sistema de apoyo más conveniente es la curatela, dado que entraría en un caso extremo de padecimiento mental en el que la capacidad deberá ser restringida en gran medida. Para los demás casos, pueden ser medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad, es decir, todas las medidas relacionadas a reconocer y efectivizar el ejercicio de los derechos a la información, al acceso al lenguaje, a la participación en sociedad, o a formatos universales que abarquen a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

En algunos casos podremos ver que los apoyos se constituyen de personas que brindan asistencia y ayudan a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en determinados tipos de decisiones.

Por otro lado, también localizamos como elemento del sistema de apoyos a las medidas de asistencia para la comunicación.

Existen también las directivas anticipadas como elemento del sistema de apoyos, entendidas como mandatos de la persona en caso de eventual advenimiento de una discapacidad en la que ya no sea posible que ésta exprese su voluntad y sus preferencias.

Surge del Código y sus Fundamentos que el sistema de apoyos es ahora más amplio y más flexible que el sistema sustitutivo, y su elemento esencial es también la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

2. Objetivos del sistema de apoyo

La Convención impone la obligación a los Estados de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida, con el simple objetivo de impulsar, mediante las medidas de apoyo, que la persona con discapacidad logre tomar sus propias decisiones conforme su volun-

tad, con la colaboración que le propician estas medidas, y que la recuperación de la plena capacidad se logre gradualmente. Esto nos lleva a decir que la Convención establece que las medidas de apoyo no deben darse por tiempo indeterminado, sino hasta que la persona pueda en la medida de lo posible valerse por sí misma.

El Comité ha elaborado extensamente este punto en sus Observaciones Generales. En primer lugar establece que los sistemas de apoyo deben comprender diversas opciones conforme la complejidad del ser humano y sus padecimientos. En este sentido, el régimen de apoyo debe proteger todos y cada uno de los derechos de la persona con discapacidad sin caer en una regulación excesiva para estas personas.

Asentado esto, el Comité impone ciertos objetivos que deben cumplir los sistemas de apoyo, a saber:

- a. Disponibilidad del apoyo para todos (78).
- b. Todas las medidas de apoyo deben estar basadas en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (79).
- c. El sistema de apoyos debe ser comprensible en todas las formas de comunicación (80).
- d. El sistema de apoyos debe otorgar a la persona encargada de ejercerlo un reconocimiento jurídico que pueda ser oponible a terceros de buena fe. Asimismo, el Estado deberá facilitar la creación de ese apoyo (81).
- e. A los fines de proporcionar acceso a las personas con discapacidad, los sistemas de apoyo deben tener por objetivo el menor costo posible para estas personas, de los mecanismos que propicie el Estado para un correcto acceso a los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica (82).

(78) a) “El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones”.

(79) “Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”.

(80) c) “El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas”.

(81) d) “La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida”.

(82) e) “A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el art. 12, párrafo 3º, de la Convención de que los Estados Parte deben adoptar medidas para “proporcionar acceso” al apoyo necesario, los Es-

- f. El sistema de apoyos debe evitar que los apoyos se utilicen como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad (83).
- g. El sistema de apoyos debe garantizar que la persona con discapacidad pueda rechazar el apoyo y cambiarlo cuando desee (84).
- h. Deben establecerse salvaguardias tendientes a garantizar el respeto de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (85).
- i. Los parámetros para detectar la necesidad de un apoyo no deben depender de una evaluación puramente mental, sino de otros factores nuevos y no discriminatorios (86).

En cuanto al artículo bajo análisis, su segundo párrafo establece:

“Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

El modelo de apoyos en el ordenamiento jurídico argentino no tiene como objetivo principal la “protección” al modo que lo tenía el Código de Vélez, es decir, desde una visión objetiva, sino el reconocimiento y la garantía de los derechos de la persona con discapacidad. Dotar a la persona de herramientas para que ella misma pueda tomar sus decisiones y ejercer sus derechos desde parámetros propios (87). En el Código derogado, bajo la figura del curador *ad litem*, se desplazaba a la persona de su propia capacidad jurídica, sustituyéndola. La nueva normativa toma en cuenta la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, mientras el apoyo se sitúa a su lado, acompañando y potenciando las decisiones de la misma.

De esta manera, la declaración de incapacidad quedaría establecida como *ultima ratio*. Como primera opción se procurará fortalecer y estimular la autonomía y ejercicio de los derechos de la persona. Si ello no fuera suficiente desde

tados Parte deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”.

(83) f) “El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones *íntimas* y el tratamiento médico y el derecho a la libertad”.

(84) g) “La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”.

(85) h) “Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona”.

(86) i) “La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo”.

(87) KRAUT - PALACIOS, nota 55, p. 252.

las posibilidades de apoyo disponibles, como es el caso de la persona que se encuentra en estado de coma, entonces sí se acudirá a la declaración de incapacidad.

Remarcan Kraut y Palacios que “Los apoyos deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas, ya que se trata de la medida menos restrictiva de la autonomía y es la que se corresponde plenamente con los estándares universales de derechos humanos. Es por ello que el juez nunca podrá imponer una medida más restrictiva sin haber considerado, evaluado y determinado que los apoyos no resultan suficientes ni eficaces para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona” (88).

Hasta no encontrarse en un estado de imposibilidad absoluta de comunicación de su voluntad, la persona con discapacidad estará restringida pero aún conservará su capacidad. El apoyo actúa haciendo que la persona siga contando con el discernimiento necesario para dar validez a sus actos jurídicos. Esto se complementa con lo dispuesto en las Observaciones Generales del Comité: “El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el art. 12”.

El diseño del sistema de apoyos requiere necesariamente de una mirada interdisciplinaria que considere tanto la situación personal, como el contexto social en el que se halla la persona con discapacidad. El juez debe encargarse de evitar a toda costa el examen bajo diagnóstico, procurando que intervengan en el mismo distintas disciplinas a los efectos de una mejor adecuación a la persona. Según el grado de afectación señalado, se delimitará la intensidad de la medida de apoyo correspondiente.

En los casos en los que la persona con discapacidad no cuente con ninguna persona que pueda cumplir con la tarea de apoyo, el juez deberá brindarle opciones. En estos casos, sobre todo, deberá implementarse la conformación de apoyo mediante una labor interdisciplinaria.

3. Interpretación del art. 12 y su proyección en el Código Civil y Comercial de la Nación

Kraut y Palacios se refieren a la imperativa internacional de un reemplazo del sistema de adopción de decisiones por sustitución, al sistema de adopción de decisiones por apoyos (89), de la siguiente manera: “Así, el sistema de capacidad restringida con apoyos destierra toda posibilidad de considerar a las capacidades sensoriales (por ejemplo: personas ciegas y/o personas sordas) y a las discapacidades físicas (por ejemplo: personas con parálisis cerebral, etc.) como

(88) *Ibíd.*, p. 256.

(89) Primer Documento de Observaciones Generales. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Punto I. Párrafo 9º.

incapaces y/o carentes de discernimiento, puesto que el apoyo complementa y suple las barreras comunicacionales que dificultan o impiden la manifestación de la voluntad, pero, al mismo tiempo, permite que personas que tradicionalmente habían sido consideradas como incapaces o carentes de discernimiento (personas con discapacidad intelectual o mental) puedan utilizar los apoyos para facilitar la comprensión de sus actos jurídicos y puedan tomar decisiones con plena validez jurídica” (90).

Asimismo, la persona tiene derecho a elegir o proponer su sistema de apoyo para la toma de decisiones, lo que se relaciona con el inc. e) del art. 31: “La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios”.

Para ello, debe poder contar con la accesibilidad, los ajustes razonables y los apoyos, durante todo el proceso.

4. Requisitos mínimos de la solicitud de medidas de apoyo

Kraut y Palacios analizan una serie de requisitos mínimos con que debe contar toda solicitud de medidas de apoyo (91):

- Justificación de la necesidad de la medida y explicación relativa a los beneficios que le supondría a la persona su adopción.
- Un diseño específico de apoyos, adecuado a la persona a la que se refiere. La propuesta dirigida al juez debe tener en cuenta habilidades y necesidades de la persona, e incluso puede prever los mecanismos de contralor y revisión necesaria dado que tanto las necesidades, habilidades de la persona, como su contexto social son variables.
- Propuesta de la persona o personas en quienes recaería la función o funciones de apoyo.
- Justificación de que se ha garantizado o solicitud de que el juez garantice la accesibilidad universal, los ajustes razonables y los apoyos necesarios en el proceso de conformación de la propuesta, para que la misma refleje la voluntad de la persona”.

5. Salvaguardias

Los Estados Parte deberán garantizar salvaguardias para impedir abusos o menoscabo a los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Tales salvaguardias aseguran que las medidas tomadas en relación con el ejercicio de la capacidad sean respetuosas de la voluntad y diversas preferencias de estas

(90) KRAUT - PALACIOS, nota 55, p. 254.

(91) *Ibid.*, ps. 257 y 258.

personas, adaptadas a las circunstancias de cada caso, aplicadas en los plazos más cortos posibles y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial.

Al respecto, Kraut y Palacios expresan la adhesión a esta normativa, señalando la necesidad de que, en la determinación del sistema de apoyos, el juez establezca medidas para la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de influencia indebida (92).

Teniendo en cuenta las exigencias del Código y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al establecer las salvaguardias el juez perseguirá garantizar:

— Inexistencia de abuso, conflicto de intereses ni influencia indebida en el acto jurídico, de quienes prestaran asistencia, ya sea de carácter patrimonial o personal.

— Que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

— Proporcionalidad y revisión de las medidas de apoyo. Las salvaguardias deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten o puedan afectar los derechos e intereses de la persona.

VI. EL IMPACTO DE LAS OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Con fecha 6 de Octubre de 2010 el Estado Argentino presentó su informe inicial al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que expuso su situación, con respecto a los derechos que ampara la Convención. Previo a adentrarnos en dicha cuestión, es preciso introducir las siguientes consideraciones (93).

En lo que concierne a las formas en que los Estados Parte de un tratado deben presentar informes, existen directrices generales que determinan como ejecutar el proceso.

Como apreciamos en el gráfico nro. 1, cada Estado Parte debe examinar su legislación, a efectos de que abarque los progresos, las dificultades y las planificaciones a futuro para alcanzar el objetivo principal de armonizar el ordenamiento jurídico con el Tratado de que se trate, a efectos de ejecutar el control de convencionalidad de su ordenamiento interno.

(92) *Ibíd.*, p. 259.

(93) Cfr. Directrices Armonizadas Para la Presentación de Informes a los Órganos Creados en Virtud de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. HRI/GEN/2/Rev.6.

Los informes deben incluir las situaciones de Jure y de Facto que expresen la aplicación de las disposiciones del tratado.

Asimismo, debe presentarse un informe inicial en un plazo determinado a partir de la entrada en vigor del tratado en cuestión. Posteriormente, se deberán presentar otros informes dependiendo de lo que disponga cada tratado.

Gráfico N° 1

Objetivo principales de los informes	Periodicidad	Tipos de informes
<ul style="list-style-type: none"> • Cada Estado Parte debe llevar a cabo un examen exhaustivo sobre medidas para armonizar sus leyes nacionales con las disposiciones de los tratados de los cuales es parte. • Verificar los progresos logrados en el disfrute de los Derechos Humanos establecidos en los Tratados de los que es Parte. • Señalar los problemas y dificultades al enfocar la aplicación de los Tratados. • Planificar políticas apropiadas para alcanzar esos objetivos. 	<ul style="list-style-type: none"> • La periodicidad de los informes depende de los tiempos que establezca cada Tratado. • Cada Estado Parte debe comprometerse a presentar un Informe Inicial en un plazo determinado a partir de la entrada en vigor (para el Estado Parte) del Tratado en cuestión. • Luego, deben presentar otros Informes, dependiendo de los tiempos que disponga cada Tratado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Existe un informe general, llamado Documento Básico Común, que debe contener información general y concreta sobre la aplicación de los Tratados en los que el Estado es parte, que pueda ser pertinente a todos o a varios órganos de Tratados. • Existe además, un informe específico para cada Tratado, llamado Documento Específico. Éste debe contener información sobre la aplicación del Tratado que supervisa el Comité pertinente.

En relación con los mecanismos de supervisión y control para los Estados, el texto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad determina en su art. 35 que se entreguen informes luego de dos años corridos desde la entrada en vigor de la Convención para cada Estado Parte. En el caso de Argentina, este tratado entró en vigor en fecha 2 de Octubre de 2008. Dos años después, el 6 de Octubre de 2010, Argentina presentó su Informe Inicial.

En relación con la situación del país con respecto al art. 12 de la Convención (Igual reconocimiento como persona ante la ley), son destacables los siguientes puntos:

- Conforme al Código de Vélez, el Estado Argentino informó al Comité que en su ordenamiento jurídico interno (vigente al momento de la presentación del informe) regía por regla general, la capacidad jurídica

plena de todas las personas conforme con el art. 52 del Código Civil (94). El mismo versaba:

“Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces”.

- La estructura en la cual se posaba el ordenamiento jurídico argentino en materia de derecho civil databa de 150 años, por lo que Argentina aún acogía en su Código Civil términos como “Dementes”, y no los actuales y menos discriminatorios como “discapacitados” o “personas con discapacidad”. Es en razón de la antigüedad de dicho instrumento, que el Estado Argentino justificó su involuación en materia de discapacidad. Sin embargo, consecuencia de esta involuación fue recaer en la figura del “Demente” frente a todo tipo de padecimiento mental que poseyeran las personas, lo cual provocaba que las mismas entraran dentro de las excepciones bajo las cuales el Estado tomaba la discapacidad como causal para quitar la capacidad jurídica de “hecho” o de ejercicio. Y aunque en estos términos el viejo Código no receptaba la incapacidad de “derecho”, sí se violaba el art. 12 de la Convención al tomar la discapacidad como causal de restricción a la capacidad jurídica, tema analizado *supra* (95).
- Argentina puntualizó también que bajo el Código de Vélez la discapacidad por sí sola no era causal de incapacidad de hecho, sino que lo que la causaba era que la persona no pudiera darse a comunicar por escrito (96).
- Argentina expone que con la reforma del Código Civil de la ley 17.711 del año 1968, se comenzó a instaurar la graduación de la incapacidad bajo la figura del “inhabilitado judicial”. Sin embargo esto no fue suficiente, dado que aún con esta reforma no se habían cambiado los términos en materia de discapacidad, y el ordenamiento jurídico seguía en disonancia con los tratados internacionales de derechos humanos ya suscriptos (97).
- En idéntico sentido, bajo tal régimen los representantes mediante los cuales las personas interdictas podían ejercer su capacidad de hecho sólo podían ser designados por ley. Esto mantenía una gran contradicción con el art. 19.a de la Convención (98).
- Argentina también reconoció no tener un código de fondo a la altura de las exigencias plasmadas en los diversos tratados internacionales de

(94) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 170.

(95) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 170.

(96) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 171.

(97) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 172.

(98) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 174.

derechos humanos a los que se ha obligado, por carecer en el mismo un sistema de apoyo en la toma de decisiones, y en su lugar tener un sistema de sustitución de la voluntad mediante la subrogación de la misma en un representante legal (99).

- Argentina ha reconocido restringir la capacidad jurídica por razones de discapacidad. Pero algo aún más llamativo es que Argentina aduce que aunque el viejo Código Civil, la normativa principal que regía las relaciones humanas de sus habitantes, no cumplía con las obligaciones asumidas en cada uno de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos, varios de los mismos (y como la Convención bajo análisis) tienen jerarquía constitucional. Asimismo, su jerarquía es superior a las leyes (por lo tanto, superior al Código vigente). “Debido a ello puede ser invocada a fin de demandar la inconstitucionalidad de normas de jerarquía inferior, o de promoverse su adecuación” (100). Esto, sin embargo, no es razón suficiente para mantener un código con disposiciones inconstitucionales e inconventionales, ni para que el Estado desatienda su responsabilidad de dar reconocimiento de sus derechos a todos sus habitantes (101).

A. Estado del artículo 32 al momento de la presentación del informe y su posterior modificación

Al momento de la presentación de su Informe Inicial, Argentina se encontraba en proceso de reforma de lo que hoy conocemos como el Código Civil y Comercial de la Nación. Como veremos luego, producto de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, El CCyC fue modificado en su art. 32, titulado “Persona con capacidad restringida y con incapacidad”. En su versión anterior, se leía: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de trece años se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad.

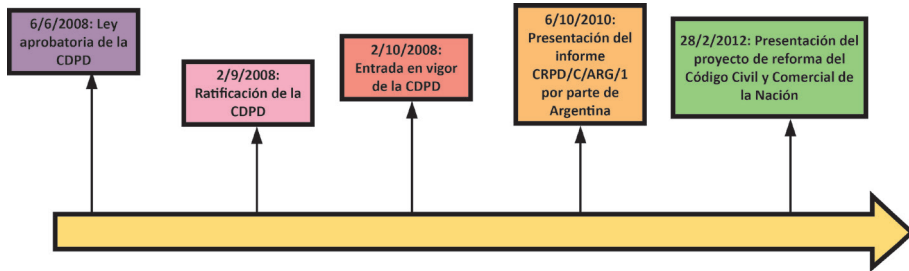
En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones.

Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.

(99) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 178.

(100) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párr. 181.

(101) Informe Inicial del Estado Argentino, CRPD/C/ARG/1, párrs. 179 y 181.

Gráfico N° 2

Tal como lo refleja el gráfico N° 2, en sus Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones entre el 17 y el 28 de Septiembre de 2012 (CRPD/C/ARG/CO/1), dicho organismo, tras examinar el informe, respondió en los puntos que le son de principal preocupación, como el art. 12 de la Convención (Igual reconocimiento como persona ante la ley).

A este respecto el Comité refirió principalmente cuanto sigue:

- a) Que existían inconsistencias en la legislación vigente en ese momento, y en los proyectos de ley en tramitación (recuérdese que esto data de 2012, tiempo en que se encontraba en proceso la reforma del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación). Ambos seguían basándose en el modelo sustitutivo de la toma de decisiones de la persona. Esto violaba, entre otros, el art. 12 de la Convención (102).
- b) Que el proyecto de reforma conservaba la figura de la interdicción judicial (103).
- c) Que seguía a discreción del juez la elección de los curadores (104).
- d) Que la normativa que le pone límites a los jueces para restringir la capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad no estaba siendo tomada en cuenta por los mismos (105).

Si se tiene en cuenta la redacción originaria del art. 32, podemos ver que efectivamente todos los aspectos observados por el Comité se daban en la rea-

(102) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 19.

(103) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 21.

(104) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 21.

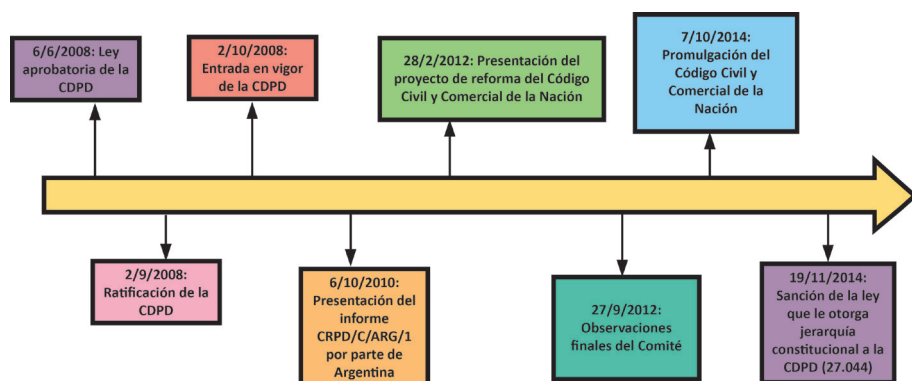
(105) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 19.

lidad: la discreción del juez para declarar la incapacidad de la persona siempre que el mismo considere que se da el supuesto legal, la figura de la interdicción judicial toda vez que el juez “declara la incapacidad” y la elección de los curadores a cargo del juez. El último punto es, en realidad, materia de la práctica judicial.

En base a todo esto, el Comité realizó las siguientes Observaciones Finales:

- a) Argentina debe revisar la legislación vigente y adoptar leyes y políticas para reemplazar el régimen de sustitución de la voluntad de la persona por el régimen de apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona (106).
- b) Argentina debe capacitar a sus jueces para que adopten el sistema de apoyo en lugar de la tutela y la curatela (107).
- c) Argentina debe eliminar la figura de la interdicción judicial del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial (108).
- d) En dicho proceso, Argentina debe garantizar y asegurar la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad (109).

Gráfico N° 3



(106) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 20.

(107) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 20.

(108) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 22.

(109) Observaciones Finales del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/ARG/CO/1, párr. 22.

Gráfico N° 4

Artículo 32 Proyecto de Reforma	Artículo 32 Código Civil y Comercial de la Nación
“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.	“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.
“Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de trece años se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad”.	“En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona”.
“En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones”.	“El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.
“Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.	“Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Como podemos observar en los gráficos números 3 y 4, las Observaciones Finales emitidas por el Comité luego de la presentación del primer informe del Estado Argentino han tenido una importante influencia, producto de la cual el Estado Argentino realizó en esta materia un correcto y efectivo Control de Convencionalidad, modificando el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, acercando su ordenamiento jurídico a las disposiciones de los tratados internacionales de Derechos Humanos a los que ha suscripto.

VII. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA Y CIERTAS OBSERVACIONES

De las consideraciones realizadas a lo largo de la presente investigación, es posible establecer que tanto en el nuevo Código Civil y Comercial y sus fundamentos, como en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en las Observaciones Finales del Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad sobre la situación de Argentina, habita una concepción ontológica de persona. En ese sentido, la incorporación

de nuevas categorías y planteamientos en resguardo de la persona humana en todo lo que regula la materia de capacidad constituye una mejora del sistema jurídico porque se trata del perfeccionamiento en la calidad de dicho concepto. No obstante, consideramos que existe un problema de base que continúa sin atención estatal, debido a que no hubo una modificación sustantiva desde el punto de vista institucional. En efecto, dado que aún no están dadas las condiciones materiales a tales efectos, difícilmente sea posible la aplicabilidad de algunas nuevas disposiciones. De ahí que, a los fines de comprender la importancia de contar con un sistema jurídico capaz de posibilitar el ejercicio de la autonomía personal, consideramos importante plantearnos: ¿Cuáles son los aspectos esenciales que se vulneran cuando se impide el desarrollo de la autonomía personal?

Para responder este interrogante abordamos algunas ideas propuestas por la filósofa alemana Hannah Arendt en su obra *La Condición Humana* (110). En tal sentido, analizaremos desde el punto de vista filosófico el significado de la *acción* como elemento esencial de la condición humana y propondremos reflexionar acerca de la importancia que tienen los ámbitos de lo *privado* y lo *público* sobre la acción, y la distinción entre esta última con la *conducta*.

Hannah Arendt establece que el hombre habita un mundo plural, lo cual le permite relacionarse con sus semejantes a través de la acción, entendida ésta como la única actividad que sucede entre las personas sin que medien las *cosas*: la pluralidad, entonces, es la condición exclusiva de la acción humana. A partir de la acción, las personas llevan a cabo voluntaria y racionalmente las relaciones con sus semejantes, y mediante la utilización de ellas con las cosas producidas se conforma el *ambiente* en el cual el desarrollo se hace posible. Ninguna persona podría subsistir sin la constante convivencia con los demás. Y justamente es esta acción, es decir, el llevar a cabo conscientemente uno u otro acto, lo que en términos de Arendt permite definir quién es capaz y quién no. Por ello, cuando se dice que una persona no es capaz de firmar un contrato, escriturar, administrar sus bienes o responsabilizarse por sus haberes, se está anunciando que carece de cierto grado de conciencia que le permita asimilar determinado conocimiento y, por tanto, se le brinda la asistencia de determinada figura para que sea quien decida por ella o, en su defecto, le ayude a tomar sus decisiones, punto éste que, tal como hemos visto, se ha reformado con gran tino. Por tal razón, apoyar en la toma de decisiones a quienes presentan determinada dificultad para hacerlo por sus propios medios contribuye con ese torrente de personas y cosas. No sólo se enriquece así el aspecto individual sino también, y de manera propagada, todo el grupo social.

¿Por qué se beneficia no sólo la persona individualmente sino también la sociedad? Por las propias consecuencias que genera la acción mencionada anteriormente: esta relación no mediada sucede y depende de dos esferas: la privada y la pública. Las mismas atraviesan (así como también condicionan) a la persona en los vínculos que establecen. Estos dos ámbitos que han sido legi-

(110) ARENDT, HANNAH, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2009.

timados con el tiempo, permiten o restringen el ejercicio de aquellos comportamientos que son calificados como adecuados o prohibidos, según el espacio donde sean practicados. Es decir que a la acción humana como elemento esencial de la condición humana, debemos agregarle el espacio como su aspecto necesario y condicionante: estas acciones se generan o nacen en el fuero interno de cada persona pero las mismas son socialmente condicionadas en virtud de la tenencia de cierto grado de conocimiento para llevarlas a cabo. De este modo, el accionar se dispara automáticamente al ámbito público. Consecuentemente, la tenencia de ese grado de conocimiento es la que hace (posibilita) la relación con los demás individuos de la sociedad.

A. El ámbito privado y el ámbito público en la historia

La concepción de esfera privada ha mutado a lo largo de la historia: hasta fines del periodo Romano lo privado era el mundo familiar, es decir, todo lo relacionado a lo doméstico, palabra de raíz latina (*domus/casa*), mientras que el ámbito público representaba la vida política, la plaza central del pueblo, el ágora, el mercado. Así, estaban inicialmente separadas desde el surgimiento de las antiguas ciudades-estado. Quienes pertenecían a la esfera privada estaban “marginados” de la vida pública (a excepción del cabeza de familia, único integrante que podía participar de la política). Al mismo tiempo, la esfera privada se excluía a quienes no participaban de la vida política, se resguardaba o protegían los límites que bordeaban las casas de las familias. Sin embargo, esto último no sucedía por respeto a la propiedad, como podemos entenderlo en la actualidad, sino como modo de comprender que las personas debían estar seguras en sus hogares para poder ser productivas al momento de desempeñar los roles políticos: en cuanto miembros de la polis, la vida doméstica existía en beneficio de la gran vida que era la de la polis. Aquello que se entendía por “libertad” no se encontraba en el ámbito privado sino que, por el contrario, los hombres debían mantenerse fuera del gobierno privado para hallarla. En aquel momento un hombre pobre, con tal de ser libre, prefería desarrollar sus actividades de manera independiente en un mercado cambiante a pertenecer como esclavo doméstico. Porque lo que hoy conocemos como “gobierno” se daba mayormente en el hogar, donde el cabeza de familia trataba con total desigualdad a sus integrantes y la libertad no existía en la vida doméstica, lo que felizmente también ha sido modificado en la modernidad. Ahora, en cambio, la “libertad” es aquel ámbito en el cual el estado “calla”, dando lugar al surgimiento de la libertad personal. De manera que hoy no sólo el ámbito privado (entendido como lo íntimo), con los aportes jurídicos pertinentes, se ha podido transformar en el mayor de los resguardos, sino que es allí donde las normas continúan hilando en favor de su protección y aumentando cada vez más el valor de su trascendencia.

Retomando nuestra reconstrucción histórica, al caer el imperio romano, el catolicismo ocupó el vacío institucional producido y así se transformó en la institución “dadora de orden y sentido” a la vida de los individuos. No obstante, el verdadero cambio en la concepción de lo público y lo privado surge en el siglo

XVII, como consecuencia del advenimiento de las teorías políticas modernas, donde se plantea que los intereses propios de cada uno de estos ámbitos son contrapuestos. Este modo de concebir la política y que varió el significado de las dos esferas en las que el hombre desarrolla su vida, fundamentalmente tiene su origen en el hallazgo de algo que en términos filosóficos no existía como un tema de reflexión independiente o autónomo: el papel que desempeñaba la conciencia del hombre. Esto en gran parte es lo que comienza a dividir de otra manera las aguas de lo público y lo privado. Lo público sería entonces aquello que se encuentra de las puertas de la conciencia hacia afuera y lo privado todo lo que habita de las puertas de la conciencia hacia adentro; es decir, aquello a lo que todos acceden frente a lo que otros no pueden tener acceso, respectivamente.

Una vez reformulada la noción de conciencia, se empezó a dar preponderancia a las capacidades racionales de cada individuo, convirtiéndonos en seres responsables de nuestras acciones. Cuando se dejó de hacer foco en la divinidad como modo de justificar la obediencia al Rey, se abrió paso a la estrategia de remarcar que todos los seres humanos son iguales entre sí (todos tienen conciencia, fuerzas, debilidades y capacidades racionales) y, en función de esa igualdad formal de la razón, elijen dejar de lado la violencia (en términos hobbesianos) de ejercer venganza o tomar represalia como modo resolutorio de conflictos (111), para entregarle esta potestad a un soberano que pueda administrar esa violencia y “castigar” a los agresores de modo legítimo. A partir de ese momento, se deja explicitado cuáles son las cosas que deben hacer y cuáles no, a los fines de “convivir y llevarse bien”. En esta estructura de funcionamiento social moderna entra el juego de la propiedad privada y su respectivo resguardo, como producto del enriquecimiento de la vida privada: así como lo que pienso me pertenece y no todos pueden acceder a ello, hay un número de cosas físicas, materiales y externas que también me corresponden con exclusividad y, por tanto, resultan inviolables. Teniendo en cuenta que antiguamente el ámbito privado “...significaba el estado de hallarse desprovisto de algo, incluso de las más elevadas y humanas capacidades. Un hombre que sólo viviera su vida privada, a quien, al igual que un esclavo no se le permitiera entrar en la esfera pública, o que, al igual que el bárbaro no hubiera elegido establecer tal esfera, no era plenamente humano” (112), podemos preguntarnos si en los tiempos actuales no se produce el mismo efecto, es decir, el fenómeno de considerar una “privación” o una “limitación” a la no participación en el ámbito de lo público. Si bien lo privado en la vida de una persona ya no es lo que era en otros tiempos, su menoscabo produce iguales consecuencias.

(111) Cabe recordar que si bien la descripción del contractualismo narra una ficción, resulta indudable que hasta ese momento era un derecho que los individuos particulares ejercieran la violencia en forma legítima para castigar a un agresor o defender su vida.

(112) ARENDT, nota 110, p. 49.

B. La intimidad, lo público y lo social en la modernidad

Aun cuando en nuestros tiempos “privado” implica todo lo íntimo; el fuero personal de cada uno; resulta posible encontrar algo de esto en los últimos períodos del Imperio Romano o en algún corto período en la Grecia Antigua. Antiguamente, “privado” era sinónimo de privación y, partiendo desde esa conceptualización, es posible considerar que en nuestros tiempos privado y privación continúan siendo sinónimos pero de otro modo: en aquel entonces se privaba a quien se encontraba en ese ámbito, mientras que ahora se protege a quien forma parte de ese espacio, “privando” a los demás de su respectivo acceso. En otras palabras, cuando hablamos de “privado” hoy no nos referimos a la privación que tiene un ciudadano de participar del plexo político o al hecho de estar excluido de otro espacio, sino que considerar determinado ámbito, cosa o comportamiento como “privado” genera en el resto de la sociedad una obligación negativa con respecto de ese ámbito, cosa o comportamiento y entonces todos los demás tienen prohibido su uso o apoderamiento. La esfera privada se ha enriquecido y a partir de la resignificación moderna, se la ha resguardado no sólo de la esfera política, sino —y esto es lo más significativo (teniendo en cuenta que para los antiguos eran prácticamente lo mismo)— de la esfera social. Lo íntimo es ahora opuesto a lo social y, sin embargo, es posible entender que ambos espacios coexisten uno a partir del otro.

Hoy en día, la exclusión del ámbito social de las personas con discapacidad tiene que ver con no poder dar cuenta de ciertos estándares mínimos, surgidos de la propia definición de racionalidad moderna. Y aunque estos estándares que se evalúan están relacionados con capacidades que tienen lugar en el ámbito privado de la conciencia, tienen su correlato en la capacidad de formar parte de lo público, asumiendo la responsabilidad de esas acciones; es decir, poder interpretar socialmente normas, acciones u obligaciones. A esto debemos sumarle que, actualmente, el ámbito de lo “no privado” también difiere en gran medida del originario espacio público de las ciudades-estado griegas: debido al ascenso de la sociedad de masas resulta más complejo distinguir las esferas de lo social y lo público en la vida del individuo y el ciudadano. Lo público ya no representa únicamente el espacio político; más bien, lo político es una función en la sociedad que se desarrolla junto con otras funciones en el espacio público.

A su vez, con el ascenso del individualismo moderno y el crecimiento de las poblaciones se incorpora la estadística (estudio matemático de la realidad) al estudio de las sociedades y, a partir de ese momento, para formar parte del ámbito de lo público se exige de la población el cumplimiento de determinados actos o comportamientos preestablecidos como única manera de controlar al grupo numeroso. Consecuentemente, esto arroja un alto nivel organizacional al momento de llevar adelante una nación, así como también el impedimento de las acciones individuales o modos de actuar sobresalientes, característica central de la antigua concepción de espacio público. ¿Qué significa esto? Que la acción ha sido reemplazada por “conducta” y de este modo se suscita que todos los ciudadanos que quieran ser considerados como tales se vean abocados a

cumplir tal o cual comportamiento en forma repetitiva. Y, debido a que todas las personas se ven impelidas a repetir un mismo patrón, desde el punto de vista jurídico se ha tendido necesariamente a interpretar las relaciones humanas de un modo también generalizado, intentando que las leyes abarquen la mayor cantidad de situaciones posibles porque —una vez más— este funcionamiento mecánico permite un mayor nivel de control sobre una sociedad numerosa, que en nada se parece a la antigua y primaria ciudad griega de Atenas (113).

C. El cambio moderno de “acción” por “conducta”

Como se anticipó, siguiendo a Arendt, la “conducta” supone una práctica internalizada de manera no voluntaria, mientras que la “acción” indica la práctica reflexionada en forma voluntaria. La diferencia entre ambas está delimitada por el dominio de reflexión que tiene la persona al momento de llevarla a cabo. Demandar este tipo de competencias no reflexionadas lleva consigo un alto nivel de exigencia en dos aspectos; por un lado, esa exigencia genera aceleración de los tiempos en que se realiza la acción, pues la conducta implica actuar de manera rápida, veloz, dinámica. Empero ¿qué es lo que se produce a tal efecto? La anulación, en mayor o menor medida, de la capacidad de razonamiento. Por otro lado, dicha exigencia (de cumplir con determinadas conductas preestablecidas) produce marginalidad con respecto a las personas que no se encuentran capacitadas para llevarlas a cabo y, en consecuencia, estas personas pasan a ser “no funcionales” para el sistema social vigente. Entonces, las personas con algún tipo de disfunción, entendida desde el punto de vista social como una discapacitación, tienen que estar todo el tiempo defendiendo su lugar (el de la “no acción”) y sometándose, podría decirse, a un proceso constante en situaciones o vivencias que tal vez no sean de naturaleza legal pero que a la larga terminan siéndolo pues en todos los ámbitos de nuestra vida nos estamos relacionando jurídicamente.

La “acción” como elemento esencial de la condición humana se constituye como algo que debe ser justificado en el caso de algunas personas. Esa necesidad de justificación surge de la conducta que modela el Estado en reemplazo de la acción: hablamos de casos que no encajan dentro de determinada norma por esos estándares mínimos que el ente regulador establece para delimitar quienes son capaces de conducta y quienes no lo son, lo cual, por cierto, genera que estos últimos quedan de algún modo subyugados por el propio ordenamiento. Nos preguntamos, entonces, si desde el punto de vista de la protección a la dignidad humana y en las afueras de la sistematización, debe utilizarse la misma regla al momento de restringir la capacidad de determinadas personas ¿Deben todas comportarse en serie, siendo asistidas por un representante legal? La respuesta a estas preguntas surge del cambio implementado por el Código Civil y

(113) Tomamos en consideración esta ciudad-estado por resultar el caso paradigmático en el surgimiento de la democracia: el número reducido de integrantes permitía o daba lugar a las individualidades (en el sentido de que había una democracia participativa, los ciudadanos daban su opinión en la política, participaban de manera directa, más allá de que la idea central fuera tomada por los sabios de la asamblea).

Comercial que hemos analizado *supra*, ya que en estos tiempos de dominio en masa, la máquina (paradójicamente) permite que llevemos a cabo la des-automatización de los asuntos humanos, dando lugar a un nuevo desarrollo de la autonomía y de la acción, como elementos esenciales de la condición humana y, a su vez, este cambio resulta necesario porque es a partir de esas acciones “sobresalientes” que el hombre ha cambiado el rumbo de su propia historia. De ahí que resulte oportuno traer a colación el pensamiento de Kafka, para quien “...si bien el hecho de verse arrojado a la existencia no constituye un delito en el sentido jurídico, al menos constituye un hecho de extrema gravedad y que requiere una defensa” (114).

VIII. CONCLUSIÓN: HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA

En el anterior apartado se planteó que en la Antigüedad lo *privado* (como espacio de lo doméstico) era aquello que se encontraba restringido de salir a la luz del ámbito público; que aquellas personas que no cumplieran con ciertos estándares de racionalidad establecidos quedaban fuera de ser consideradas conscientes (y por qué no, de ser consideradas ciudadanos), al tiempo que se señaló que el descubrimiento de la idea de conciencia permitió que las personas comenzaran a hacer uso de sus facultades racionales.

Pues bien; con la presente reforma legislativa y la noción de conciencia establecida podría quizá comenzar una etapa, ya no de descubrimiento a este respecto (conciencia) sino de reflexión. Se trata esta vez de un cambio de paradigma sobre la importancia de la dignidad humana en todas las relaciones sociales y su pronta puesta en funcionamiento. Creemos que es fundante la incidencia de los derechos humanos en este contexto. No es inocente la adaptación de los derechos de las personas con discapacidad a lo enmendado por la Convención que regula la misma materia y, mucho menos, la incorporación del paradigma interpretativo *pro homine* al momento de resolver un caso, término éste que supone particularidad, esto es, lo distintivo y singular en reemplazo del rigorismo de resolver los conflictos sociales con patrones generalizadores constantes. Esto permite a las personas con algún tipo de discapacidad salir a la esfera de lo público, más allá de que se trate de un acceso limitado por necesitar de la participación de una figura de apoyo. Sin embargo, desde el punto de vista conceptual es una mejora significativa porque se trata de permitir a estas personas la posibilidad de formar parte del funcionamiento vitalicio de las dimensiones pública y social. Como hemos mencionado previamente, no se trata de visualizar a todos como iguales y con ello *considerarlos en igualdad de condiciones*, sino de una *puesta en situación de igualdad* al momento de atender los distintos conflictos que se presenten. Para ello se hace necesario crear las instituciones y capacitaciones para llevar a cabo el resguardo de la igualdad de condiciones con los demás. En este sentido, toda modificación admite críticas, a partir de las cuales el propio sistema legal se va perfeccionando en concurrencia con la praxis. Por tal razón, como se anticipó al inicio del apartado anterior,

(114) ALBANO, DANIEL, en su “Estudio Preliminar” a KAFKA, Franz, *El proceso*, Albano, Buenos Aires, 2007, p. 7.

consideramos que la ausencia de tales instituciones capaces de implementar los cambios normativos produce menoscabos en los derechos de las personas con discapacidad al momento de ser tutelados, lo que nos conduce a hacer votos para que las decisiones adoptadas para regular las relaciones de las personas que padecen algún tipo de limitación resulten también acompañadas, en el futuro inmediato, de esa perspectiva institucional.

CAPÍTULO III

LA EXPERIMENTACIÓN EN SERES HUMANOS. REFLEXIONES A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA ARGENTINA

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

I. INTRODUCCIÓN

Lo que en la actualidad se conoce como “biotecnología” y que remite a una reflexión sobre distintas sedes científicas (la ingeniería genética en particular; la embriología; la biología celular, por no mencionar sino algunos aspectos que se derivan del viejo tronco de la medicina) plantea numerosos desafíos al Derecho. Las interpelaciones, como es obvio, no conciernen exclusivamente a aspectos de técnica legislativa; de organización sistemática de ciertos tópicos o del tratamiento pedagógico que quepa asignarle, sino, y de modo fundamental, al fundamento que está detrás de esas inquietudes, esto es, la pregunta que Sergio Cotta planteó con claridad en un opúsculo ya clásico: “¿Por qué el derecho?” o, acaso mejor, “¿para qué el derecho?” (1). En otro lugar he respondido que el derecho existe porque existe el hombre y a él destina sus afanes (2). Y que ese hombre que constituye la razón de ser del Derecho es, si cabe la expresión, el hombre “desnudo”, la persona sin más, sin la costra de “accidentes” (sexo, raza, capacidades y discapacidades, nacionalidad, religión, ideario político, decisiones personales, etc.) que inexorablemente van poblando su derrotero vital. Se trata, pues, del ser humano considerado en su “sustancia”, esto es, en aquella nota que lo hace común a los demás y no obstante único por cuanto, para decirlo con Richard de Saint-Victor, se trata de una “existencia individual de naturaleza racional” (3).

Lo recién expuesto no va sin consecuencias. Y un ámbito en el que éstas se observan de manera inmediata es el de la “biotecnología”, por cuanto su planteamiento y posibilidades de desarrollo va de la mano del modo cómo se conciba a la persona. La cuestión, según es sabido, no es pacífica, pese a que, paradójicamente, la genética viene brindando (el descubrimiento de la línea del

(1) COTTA, SERGIO, ¿Qué es el derecho?, Rialp, Madrid, 1993 (ed. it. 1979, del italiano por J. J. BLASCO), *passim*.

(2) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del Derecho*, 4ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016, esp. cap. I.

(3) RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría...*, nota 2, p. 67.

ADN es al respecto emblemático) pautas que sintonizan acabadamente con el concepto filosófico de persona recién expuesto, de modo que desde la fecundación, esto es, y para decirlo técnicamente, desde la singamia, existe ya un ser humano con prescindencia de los más arriba referidos accidentes que lo distinguen.

El objeto de este papel es reflexionar sobre este tema crucial con motivo de la sanción, en agosto de 2015, del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (CCyC). Este documento abre un amplio abanico de preguntas al respecto. En otros lugares me he ocupado de alguna de ellas, tal el caso del estatuto del embrión no implantado o el de las daciones de órganos y células progenitoras hematopoyéticas (CPH) (4). Aquí abordaré el tema de la experimentación en seres humanos. En lo que sigue aludiré a los principios generales que, en punto a la investigación en seres humanos, dimanarían del nuevo Código (II), luego de lo cual mostraré la sintonía que se advierte entre éstos y las disposiciones internacionales sobre la materia (III). De seguido, plantearé ciertos interrogantes que me suscitan algunas de sus normas (IV), para presentar, al cabo, algunas conclusiones (V).

II. CRITERIOS GENERALES DEL CCyC SOBRE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE PARTES DEL CUERPO HUMANO Y LA EXPERIMENTACIÓN EN LAS PERSONAS

A. Continuidad conceptual entre el anterior Código y el actual

El nuevo Digesto mantiene las nociones centrales que ya en 1871 había incorporado el anterior Código respecto del estatuto de la personalidad humana. Acaso las normas liminares de este último y que sintetizan con todo detalle los presupuestos filosóficos referidos en el punto anterior se encuentran en los arts. 31 y 51. El primero reconocía que “son personas todos los *entes* susceptibles de adquirir derechos y obligaciones” y el segundo que son “personas de existencia visible (...) todos los *entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes...*”, en donde los textos enfatizados trasuntan la idea de una entidad o existencia (subsistencia) que vale en tanto que tal, más allá de sus elementos tangenciales o accidentales (5). Esta idea, de profunda incidencia en la posterior práctica jurisprudencial nacional, ya estaba presente con la recepción, poco tiempo antes (1853 y 1860), de las garantías constitucionales, las que, en la inteligencia de sus autores, reposaron

(4) Cfr. mis estudios: “El artículo 17 del nuevo Código Civil y Comercial, visitado a partir de la jurisprudencia: desarrollos e interrogantes”, en RABBI-BALDI CABANILLAS (dir.), “El Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación”, Número Especial, *Jurisprudencia Argentina*, 12, 2015.II, ps. 54-6; “Los derechos sobre el cuerpo humano. Reflexiones a partir del art. 17 del Código Civil y Comercial”, *Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales*, XLII (2015), Buenos Aires, ps. 5-36, y “Origen y sentido del art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en DALLA VÍA, ALBERTO - GARCÍA LEMA, ALBERTO (dirs.) - SUÁREZ, PAULA (coord.), *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. II, ps. 127-150.

(5) Más detalles en RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría...*, nota 2, esp. ps. 64-80.

sobre la asunción de que éstas constituyen derechos inalienables o naturales a la persona (6).

Pues bien, sobre esas bases, el legislador actual, tras aludir en el primer libro (Parte General) al comienzo de la existencia de la persona (cap. 1) y al tópico de la capacidad (cap. 2) —materia de análisis en el capítulo anterior de esta investigación— se ocupa (cap. 3), en cuanto aquí interesa, de los “derechos y actos personalísimos”. Si bien escuetos, los Fundamentos de estas últimas normas enlazan con los postulados filosóficos precedentemente señalados. Así, tras expresar, desde una perspectiva metodológica, que “se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina”, precisa, desde un prisma sustantivo, que “a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación de la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos”, más allá de que, como se anticipó, la clave antropológica sobre la que transita el referido derecho supranacional ya estaba claramente presente en la Ley Fundamental histórica. Y añade que el “capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana”, aspecto éste que ha sido investigado en el cap. I de este trabajo, y que “regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos”, para concluir que “en relación a la investigación médica experimental con seres humanos se fijan requisitos claros y concluyentes” y “se reitera el principio básico en materia de bioética de que el consentimiento es libremente revocable” (7).

B. El art. 51

Ingresando al análisis en particular de las normas, el art. 51 establece, en un texto breve y contundente, que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

El texto predica una inviolabilidad absoluta (pues vale “en cualquier circunstancia”) que dimana de su dignidad, es decir, conceptualmente, de su “eminencia” o superioridad, lo que la torna, en su relación con los demás, susceptible de un estricto “reconocimiento”. La persona, dicho kantianamente, nunca deberá ser tratada como un “medio”, como una “cosa”, sino como un “fin” (8), como un *sui iuris*, de donde la nota de dignidad enlaza con la sustancialidad anteriormente expuesta en tanto ambas reprueban la consideración de

(6) Cfr., en este sentido, RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas, Buenos Aires, 1937, t. 4, ps. 766-787. Para un estudio de este aspecto, cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, “Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)”, *Anuario de Derecho*, 4, Universidad Austral, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 197-224.

(7) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 459.

(8) KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por E. GARCÍA MORENTE), Espasa, Madrid, 1983, esp. 85.

la persona según sus accidentes puesto que ello redundaría, inexorablemente, en su cosificación (9).

C. El art. 17

El principio general recién expuesto guarda sintonía, en cuanto concierne al objeto de este papel, con otras disposiciones que conviene repasar sumariamente. Así, el art. 17 plantea que “los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario y social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. El principio general es, pues, la indisponibilidad del cuerpo y sus partes, siendo lo opuesto excepcional y siempre que se salvaguarden los valores indicados por aquella norma que, expresamente, excluye el patrimonial.

Al respecto, la Comisión Redactora, advierte que “el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente”. Ante ello, se presentan posturas contradictorias. Una, refiere que “es posible separar elementos que se califican como ‘cosas’, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites”. Otra, estima que “el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos (...) no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial”. Y una tercera es, expresan los redactores, la asumida por el documento en la redacción citada y que Tobías denomina como tesis de la “extrapatrimonialidad” (10). Para la Comisión Redactora, “el derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraído del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona”. Sobre tales bases, la disponibilidad del cuerpo y la información que se deriva de sus partes anatómicas se basa en el principio de autodeterminación y se encuentra fuera del comercio. De ahí que, concluyen los redactores, “se admite la categoría de objeto de derechos que no tienen valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social” (11).

(9) En los Fundamentos del proyecto de CCyC (cfr. “Fundamentos...”, nota 7, p. 459) no se leen mayores referencias al sentido de esta norma. Sobre este aspecto, desde prismas complementarios, se reenvía a las sugerentes consideraciones que efectúan los docentes Consolo (cap. I) y Laise (cap. IV) de este libro.

(10) TOBIÁS, JOSÉ W., “Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *La Ley* 2013-B-1022 (cita online: AR/DOC/43/2013).

(11) “Fundamentos...”, cit. nota 7, p. 457. Para un examen más amplio acerca del sentido de esta norma, cfr. mis dos primeros estudios citados en la nota 4.

D. Los arts. 55 y 56

Por su parte, el art. 55 dispone que “el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

El estándar recién referido se concretiza en el artículo siguiente respecto de los “actos de disposición del propio cuerpo”, estatuyéndose que “están prohibidos” los “que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona...”. Al igual que en relación con el anterior artículo, éste dispone que “el consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición” recién establecida “no puede ser suplido y es libremente revocable”. La norma, pues, se decanta en favor de la “sacralidad” de la vida humana de modo que el cercenamiento del cuerpo se justifica en el bien superior de la salvaguardia de aquella a menos que la amputación favorezca a un tercero y siempre que no se afecte el “contenido sustancial” de la vida del dador y que lo motiven razones de solidaridad. Es el caso, bien conocido, de los trasplantes de órganos, regulados en la actualidad por la ley 24.193 de 1995, a la que reenvía el segundo párrafo de la norma: “la ablación de órganos para ser implantados a otras personas se rige por la legislación especial”.

E. El art. 58

Esta norma incide de modo más directo con el objeto de este papel: se ocupa de las “investigaciones en seres humanos” cuando aquellas “no están comprobadas científicamente” y más allá de las observaciones críticas que se efectuaran *infra* IV, brinda un haz de criterios que, en líneas generales, armonizan con los principios precedentemente expuestos. Dichas reglas fueron objeto de sucesivas modificaciones, tanto de fondo como de forma, desde su primigenia redacción por parte de la Comisión de Juristas a quien se confió, por Decreto 191/11, la redacción de la reforma, hasta su sanción final en el Congreso Nacional, previo paso por el Poder Ejecutivo.

Así, los cuatro primeros incisos siguen un orden lógico, pues plantean que se debe “describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación” (inc. a)) y que debe “ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas” (inc. b)). Asimismo, se exige “contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación” (inc. c)) y “con la autorización previa del organismo público correspondiente” (inc. d)). Estos dos últimos recaudos formaban parte del proyecto originario de la Comisión de Juristas y estaban al final de la norma, como incs. f) y g). Mantenido el orden y contenido por el Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional incorporó los ahora incs. a) y b) y trasladó, como c) y d) a los antiguos f) y g).

Por su parte, el inc. e), con prescindencia de las observaciones que se harán más abajo, es relevante pues plantea el objetivo primario y los límites de toda investigación. Asumiendo los puntos 6, 7, 18 y, especialmente, 17 de la célebre “Declaración de Helsinki” relativa a los “principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos” sobre la que se volverá más adelante, expresa que aquella ha de “estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga”. El texto no estaba previsto en el proyecto de la Comisión de Juristas, habiendo sido incorporado, como inc. a), por el Poder Ejecutivo Nacional, efectuándose en el Congreso alteraciones semánticas que procuran el mayor cuidado de la persona interviniente en el proceso (12).

A continuación, el inc. f) (antiguo inc. b)) prevé el consentimiento, cuya redacción también difiere respecto de la del Proyecto, bien que las diferencias son más sustanciales, ubicándose en línea con el art. 6º de la mencionada Declaración de la UNESCO. Así, la primera parte del texto reza que se ha de “contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación...” y es semejante a la redacción anterior con la salvedad —aplaudible— de que ésta última señalaba “...de la persona que se sujeta a la investigación...”, ya que parece claro que “participar” de un experimento no implica lo mismo que “sujetarse” a él. Se entiende, pues, el espíritu que anima al legislador respecto de esta delicada cuestión pues procura ubicar a la persona no en un contexto de *sujeción* (o dependencia) respecto de la investigación, sino como alguien que, en el libre ejercicio de su autonomía, forma parte (“participa”) de ella. Ese espíritu se profundiza en lo que sigue, que es novedoso respecto del documento arribado al Congreso: “...a quien [la persona] se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios...”. El inciso se cierra prácticamente del mismo modo que en el Proyecto, pues se omite el calificativo “libremente” antes de “revocable”: “dicho consentimiento es revocable”.

El siguiente inc. g) es idéntico que el inc. c) del Proyecto: “no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación”. Pero los incs. h) y j) surgen del

(12) En efecto; en el Proyecto se dice que la investigación debía ser “*precedida* de una cuidadosa comparación”, habiéndose alterado el verbo por la necesidad de que se halle “fundada”, lo que parece más pertinente. Igualmente, el texto arribado al Congreso aludía a las “otras personas afectadas por la *enfermedad* que se investiga”, lo que se altera por “el *tema* que se investiga”, redacción más precisa, pues procura ubicar al artículo en el ámbito de las investigaciones, como se precisará más abajo, no solamente “terapéuticas”, sino, además, “puras”. El originario inc. a) emanado de la Comisión de Juristas sujetaba las investigaciones aquí tratadas a que sean “la única alternativa frente a otra de eficacia comparable”. A juicio de CANTAFIO, FABIO FIDEL, “La salud y los derechos personalísimos en el proyecto de Código”, *La Ley*, diario del 16/11/12, ps. 4-5 (*La Ley* 2012-F-988) “tomado en su literalidad el texto del inciso tendría un campo de aplicación restringido” por lo que “podría haber impedido muchas investigaciones científica y éticamente plausibles”. Aparentemente, sugiere el autor, su redacción se habría inspirado en la regla del art. 7º, inc. b) de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO relativa a la protección de las personas carente de la capacidad de dar su consentimiento, descontextualizando su alcance, pues consideraba “como general” lo que, en dicho documento, “sólo está previsto para casos especiales”.

Congreso y, al igual que el i) (que amplía y precisa el alcance del inc. d) del Proyecto), abonan la filosofía protectoria de la persona asumida respecto de este tema. En efecto; el primero ordena “resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal”. A su vez, el segundo dispone “asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos”. Por su parte, mientras que el antiguo inc. d) señala, en sintonía con el art. 15, incs. a) y b) de la referida Declaración de la UNESCO, que se debe “asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación”, el actual i) reza que se debe “asegurar que la participación de los sujetos de la investigación *no resulte onerosa* a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relaciones con la investigación, *la que debe estar disponible cuando sea requerida*” (el énfasis es añadido para puntualizar las diferencias entre ambos textos que avalan el afán protectorio del documento). Por último, el Congreso suprimió lo que era el inc. e) consistente en “ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad”, acaso por considerarse que se halla subsumido de lo que fluye de los cuatro primeros incisos.

F. El art. 59

Por su parte, el art. 59 se ocupa, enjundiosamente, del contenido de la información que, tal y como requieren los documentos internacionales sobre la materia, de manera “clara, precisa y adecuada” debe brindarse a la persona en orden a que éste proporcione el “consentimiento informado” para “actos médicos e investigaciones de salud”. En relación con esta última frase, el Anteproyecto elaborado por la Comisión redactora sólo aludía, tanto en el epígrafe como en el cuerpo, al “consentimiento informado para actos médicos”, lo que fue ampliado por el Poder Ejecutivo Nacional al remitir el documento al Congreso Nacional por el texto finalmente consagrado, el que añade, a lo recién transcrito, “...e investigaciones para la salud”. Se trata, como observa Tale, de un acierto, pues “era dudoso si la expresión ‘acto médico’ incluía las intervenciones que no tuviesen fines directamente terapéuticos, sino de investigación experimental y que se regulan en el art. 58”. Bajo ese prisma, podía interpretarse que quedaba sin regulación el consentimiento para, nada menos, las prácticas exclusivamente experimentales, un tema que afligió sobremanera a la ciencia médica desde los primeros planteamientos bioéticos en la década del cuarenta de la pasada centuria, como se verá más abajo. Pues bien, con tal enmienda, concluye este autor, “se ha remediado este defecto” (13).

En cuanto a la información a suministrar al paciente, el Poder Ejecutivo Nacional, acertadamente, incorporó los actuales incs. g) y h) que, como escribe Cantafio (14), resultan concordantes con la modificación introducida por la ley 26.742 a la 26.529 (relativa a los “derechos del paciente en su relación con

(13) TALE, CAMILO, “Las experimentaciones médicas sobre seres humanos en el Proyecto de Código”, *La Ley*, Buenos Aires, 15/2/13, p. 2 (*La Ley* 2013-A-815).

(14) CANTAFIO, “La salud y los derechos...”, nota 12, p. 3, nota 30.

los profesionales e instituciones de salud”) en punto a evitar el denominado “encarnizamiento terapéutico” y sin que ello entrañe desatender, como reza el art. 1º *in fine* de la primera de las normas mencionadas, “las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

Luego de detallar el contenido sobre el que versa la manifestación de voluntad respecto de las prácticas recién referidas, el segundo párrafo de esta norma —ausente en el Proyecto y en el documento enviado por el PEN al Congreso, en el que es gestado— dispone que “ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado...”.

Se trata de una incorporación de la mayor relevancia, que va en línea con el amplio y auspicioso tratamiento dado a las personas con discapacidad en el nuevo Digesto (15) y que profundiza el contenido filosófico que, en armonía con la tradición jurídica nacional, anima a aquel en tanto especifica que el discapaz es persona sin más y, por tanto, acreedor de todos los derechos y deberes que inhieren a su personalidad, por lo que el ordenamiento jurídico le confiere, en cuanto aquí interesa, el derecho a expresar su consentimiento para acceder a las prácticas terapéuticas o experimentales de que se trate. Sin embargo, como el legislador reconoce la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra, le amplía el goce de sus derechos al especificar que, en orden al ejercicio del consentimiento, “se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite” (16).

El tercer párrafo será examinado *infra* IV al tratar las observaciones críticas que suscitan estas disposiciones. Finalmente, el cuarto y último tuvo diversas modificaciones en el Congreso respecto del texto originario, tanto de forma como de fondo que, en ambos casos, revelan a preocupación legislativa por brindar la máxima protección posible a la persona en este campo.

En efecto; inicialmente el documento aludía a que “si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica...”, frase reemplazada por la actual (“si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica...”). Se advierte, pues, el reemplazo de la voz “paciente” por “persona”, alteración que no es meramente semántica, en tanto —conjeturo— se procura llamar la atención de que detrás del paciente hay un ser humano que merece un respeto y consideración absolutas. De igual modo, tampoco es casual el énfasis puesto en que si un tercero ha de subrogarse en la decisión de la persona respecto de un tema de la relevancia del examinado, esta última debe encon-

(15) Cfr. al respecto el completo estudio de las docentes Caliva y Esses sobre el fundamento; alcance y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia de los nuevos arts. 22, 23, 24, 31, 32, 35, 36, 38 y 43 del CCyC., que se lee en el cap. anterior de esta obra.

(16) Cfr. en esta línea el relevante voto del magistrado Rafael de Mendizábal Allende en la causa 215 del 14/7/98 del Tribunal Constitucional de España y, más ampliamente, el comentario a dicho precedente por parte de los profesores ÁVILA, JUAN J. - MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO L. - ANDRUET, ARMANDO S. (h.) en el estudio “Derecho a la integridad física de los deficientes mentales y prácticas esterilizatorias” en RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 81-125.

trarse “absolutamente” imposibilitada de manifestar su voluntad en tal sentido. El texto actual incorpora, entre quienes puedan cumplir dicha tarea, aquél que cumpla funciones de “apoyo” —ausente en la redacción original—, con lo que suman seis los supuestos de personas a los que la ley asigna tal encomienda. Por último, el texto profundiza que la aludida subrogación es concebida como “última ratio” pues —incluso a fuerza de ser redundante—, incorpora una precisión aún más contundente que la ya referida “absoluta imposibilidad de expresar su voluntad” al señalar que dicha potestad sólo puede ejercitarse “siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”.

III. EL TEMA EN LAS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Como se observa de lo precedentemente expuesto, el propósito explícito del nuevo Digesto ancla en el “reconocimiento” (no en la “asignación”) de la intangibilidad del ser humano. Dicho de otro modo, “asume en primer lugar no la imagen que deseamos construir (o que deseamos defender) del hombre, sino la defensa de su propia identidad” (17). De ahí que —y esto es especialmente pertinente para el tema bajo examen—, las investigaciones deben priorizar la salud de las personas por sobre los intereses de la ciencia o de otras motivaciones que pueda abrigar la sociedad (perfeccionamiento, selección o discriminación racial; razones estéticas, fines económicos o comerciales, etc.), correspondiendo en consecuencia un lugar central al “consentimiento” del paciente, tal y como lo postulan los instrumentos internacionales que, desde el Código de Nüremberg de 1947, se han ocupado de esta materia.

En efecto, dicho Código fue publicado el 20 de agosto de 1947, al cabo del famoso juicio realizado en los dos años precedentes contra 24 médicos alemanes (“USA vs. Brandt, Karl et alli”) acusados y condenados por gravísimos crímenes (esterilización y homicidio forzoso y masivo de enfermos, especialmente en hospitales psiquiátricos; confinamiento, tortura y exterminio de personas en campos de concentración y experimentaciones e investigaciones coercitivas, nocivas y letales contra prisioneros de guerra, civiles y pacientes) cometidos bajo el régimen nacional socialista (18). Contiene 10 puntos relativos a la “ética de la experimentación médica en seres humanos” que dan acabada cuenta de la prioridad del resguardo de la dignidad humana por sobre el éxito de la investigación, lo que se explicita, v.gr., en los puntos tres a cinco, en tanto que el primero alude a la necesidad de prestar el consentimiento para acceder a dichas prácticas.

Con posterioridad, la 18ª Asamblea de la Asociación Médica Mundial celebrada en Helsinki, en 1964, aprobó los ya mencionados “Principios éticos para

(17) D' AGOSTINO, FRANCESCO, *Linee di una Filosofia della Famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giuffré, Milano, 1991, p. 157.

(18) Cfr., al respecto, TINANT, EDUARDO LUIS, “Nacimiento y desarrollo de la Bioética. Del Código de Nüremberg a la Declaración de Helsinki y su proyección”, *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, V-11, ps. 188-194, diciembre 2013 (cito por la versión cedida gentilmente por el autor, p. 2).

las investigaciones médicas en seres humanos” (conocida como “Declaración de Helsinki”) sobre los que se había trabajado desde 1953 y que tuvieron diversas modificaciones, la última de las cuales data del año 2013. Entre dichos principios se destaca, en armonía con el Código recién citado, entre otros, el que estatuye que “aunque el objetivo de la investigación médica es generar nuevos conocimientos, este objetivo nunca debe tener primacía sobre los derechos y los intereses de la persona que participa en la investigación” (punto 8) y que es *conditio sine qua non* para proceder a las investigaciones, el referido “consentimiento informado” (puntos 25 a 32).

Dos años más tarde, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo art. 7º dispone, en cuanto aquí interesa, que “...nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, norma ésta de especial relevancia para nuestro país en razón de exhibir rango constitucional. A juicio de Tinant mediante dicha disposición queda consagrado el universalismo ético en la materia en tanto “la relación entre la ética de la investigación biomédica y los derechos humanos quedó así reconocida como el fundamento de las normas internacionales que surgieron del Código de Nüremberg y la Declaración de Helsinki” (19).

A su vez, en 1974 ve la luz, a instancias del Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, y a raíz de la toma de conocimiento del escandaloso experimento “Tuskegee” en el estado de Alabama (20), el “Belmont Report”, que formula los tres célebres principios que gobiernan desde entonces el ámbito de la Bioética pero que, en rigor, ya están expuestos en los documentos precedentes: el respeto por la persona, también asociado a la idea de autonomía y, desde luego, del consentimiento informado; el de beneficencia (o no maleficencia) para aquella, de modo que si bien debe beneficiarse al máximo posible la investigación, ésta no puede serlo en perjuicio de salud e integridad de quien forma parte de la misma, y el de justicia, de forma que en el análisis “costo-beneficio”, el resultado no desfavorezca a determinados grupos en beneficio de otros (21).

(19) *Ibíd.*, p. 5.

(20) En dicho Estado, entre 1931 y 1972 el Servicio de Salud Pública de los EE.UU. inició un experimento en orden a estudiar el curso natural de la sífilis, la que no sería tratada. Para ello, eligió 399 hombres pobres de raza negra, a quienes no se les aplicó tratamiento alguno (pese a que desde 1940, descubierta la penicilina, de suministrarla, los hubiera curado) ni se les informó sobre la enfermedad que padecían. La historia fue develada por un periodista y un comité *ad hoc* del mentado Servicio concluyó en 1973 que el ensayo carecía de justificativo moral. En el “Informe Belmont”, al respecto, se lee: “En los Estados Unidos, en la década del 40, el estudio de sífilis de Tuskegee empleó hombres negros rurales, que estaban en situación desventajosa, para estudiar el curso sin tratamiento de una enfermedad que no está confinada a esa población. Estos sujetos fueron privados de un tratamiento comprobadamente efectivo con el fin de no interrumpir el proyecto, mucho tiempo después de que tal tratamiento ya estaba ampliamente disponible”.

(21) Como dice el Informe en relación con este principio: “¿Quién debiera recibir los beneficios de la investigación y quién soportar sus cargas?; ésta es una cuestión de justicia en el sentido de ‘equidad en la distribución’”. Y completa: “cuando quiera que la investigación apoyada por fondos públicos conduzca al desarrollo de artificios y procedimientos terapéuticos, la justicia exige que éstos se empleen no sólo para quienes pueden pagarlos y que tal investigación no implique indebidamente

Por último, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 2005, incorpora los recaudos examinados en los arts. 3º (“los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”) y, en cuanto concierne al consentimiento, el art. 6º establece los principios generales y el 7º efectúa presiones para las “personas carentes de la capacidad” de darlo.

Ahora bien, aun cuando no parecen haber dudas en cuanto al vínculo conceptual entre las disposiciones recién expuestas y el espíritu y las normas del CCyC sobre esta cuestión, es inseguro que los criterios establecidos “en relación a la investigación médica experimental con seres humanos” resulten, en todos los casos, como rezan los Fundamentos, “claros y concluyentes”.

En efecto; más allá del optimismo de los redactores y, por cierto, de la inobjetable fundamentación y adecuado encuadramiento metodológico que revelan las normas citadas, las cosas, en cuanto concierne a esta materia, no siempre revelan una concluyente claridad ni, tampoco, dejan de encender cierta luz de precaución. Es lo que se procurará mostrar en lo que sigue respecto de algunos intersticios de las disposiciones mencionadas.

IV. INTERROGANTES EN CUANTO AL ALCANCE DE LA EXPERIMENTACIÓN SOBRE LAS PERSONAS A PARTIR DE LAS NUEVAS NORMAS

A. El art. 17

Este artículo emplea, como se ha señalado en los estudios mencionados en la nota 4, una semántica discutible por cuanto se intitula “derechos sobre el propio cuerpo”, lo que podría dar a entender que se asume una posición “subjetivista”, esto es, de absoluta libertad en cuanto al uso y destino de aquél que, sin embargo, los fundamentos del texto expresamente desmienten, tal y como se señaló más arriba.

En efecto, profundizando cuanto se ha dicho, la Comisión se aparta de la clásica postura “patrimonialista” de concebir al cuerpo y su partes como “cosas”, con sustento en que dicha postura plantea “problemas lógicos, porque el derecho de propiedad ‘sobre la cosa lo tiene el titular’” y “es inescindible de ella”; “problemas éticos”, porque “se afecta la dignidad humana”; “cuestiones vinculadas a las consecuencias que produciría (...) sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala las partes humanas (...) con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento” (22).

personas de grupos que improbablemente estarán entre los beneficiarios de las aplicaciones ulteriores de la investigación”.

(22) “Fundamentos...”, nota 7, p. 456.

Sin embargo, la propia Comisión reconoce que la integridad personal que está en la base de la postura que defiende lo es “mientras sea posible la identificación” de las partes del cuerpo con dicha persona, lo que entraña que cuando ello no es posible se está, nuevamente, ante la perspectiva de la “cosificación” y, por tanto, ante la eventualidad de los problemas descritos en el párrafo anterior.

Al respecto, Federico De Lorenzo, en un sugerente estudio, señala, como principio general y en armonía con el sentido del artículo bajo examen, que “el cuerpo de una persona viva no es, ni en el todo ni en cualquiera de sus partes, una ‘cosa’ en sentido jurídico”. Empero, se pregunta “qué decir con relación a las partes separadas del cuerpo humano, es decir, del cuerpo humano que deviene cosa”. Aquí, responde, cabrían dos caminos posibles. “Frente al caso de una falange separada del cuerpo que todavía puede ser implantada en la persona gracias a las nuevas microcirugías ¿se puede sostener que ha mudado su estatus jurídico convirtiéndose en una cosa, como se razonaba otrora, antes de estos avances científicos?, ¿es decir, pensar como en el pasado cuando, por el estado de la ciencia, no tenía ningún sentido distinguir el cuerpo de la persona porque era impensable la posibilidad de separar una parte del cuerpo sin el destino de una necrosis?”. Y añade —considero que a modo de planteamiento, no de conclusión categórica— que, “...por el contrario, dado que la falange aún puede ser reincorporada, ¿aún es cuerpo humano? De ser así diría que, parte separada y cuerpo humano fusionan su estatus jurídico al menos, hasta tanto sea posible su reincorporación. Sería un corolario de un cuerpo humano con una nueva dimensión, es decir, de la posibilidad de un cuerpo distribuido en el espacio y en el tiempo frente al cual el jurista contemporáneo —tanto del derecho privado como del público— está obligado a pronunciarse”. Pero, continua, con sustento en importante doctrina, “en general, y cuando sea imposible el reimplante en virtud, v.gr., de la microcirugía, una vez separadas las partes del cuerpo humano, pueden ser consideradas cosas”. La teoría moderna, añade, “tiende a considerar que la propiedad debe corresponder inmediatamente al ser corpóreo que ha sufrido la separación. Se pasaría de este modo de un derecho personalísimo a uno de dominio sin solución de continuidad” (23).

Dicho en otros términos: si las partes del cuerpo pueden salvaguardar la integridad física de la persona, le pertenecen a título de inviolabilidad, y cualquier acuerdo económico que se oriente a conferirles un valor patrimonial deviene nulo, tal y como es expresamente señalado por la legislación francesa (24). Por el contrario, si el propósito descrito no es posible (o si las partes del cuerpo no resultan identificables), entonces no cabe otro tratamiento que el de considerarlas “cosas” y, bajo ese prisma, podrían, en buena lógica, ser objeto de comercialización; reducción; transformación o destrucción. Desde esa perspectiva,

(23) DE LORENZO, FEDERICO, “El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2010-B-807. Todavía, reflexiona DE LORENZO, cabe considerar una tercera posibilidad y el consecuente examen de su naturaleza jurídica: la de la cosa que se incorpora al cuerpo humano.

(24) Cfr., al respecto, los arts. 16.1 y 16.5 del *Code Civil*, incorporados por ley 94-653 del 29/7/94.

no parece que la referida finalidad de la norma pueda concretarse sin más ni más ni que los condicionantes éticos que plantean sus Fundamentos resulten en todos los casos salvaguardados.

El tema tiene además otra arista, en tanto conecta con la posibilidad de beneficiarse de las ganancias que se obtengan por el empleo del material biológico de las personas o de plantear reclamos respecto de su utilización no autorizada, tal y como sería el caso, refiere Tobías, de la “aplicación industrial de residuos postoperatorios”. Todo ello resulta perfectamente posible si se considera que dichos materiales son el objeto de un derecho de propiedad, pero no si se considera, como razona Tobías, que “las prerrogativas de la persona sobre el cuerpo y sus partes carecen de contenido atributivo y por ende de connotaciones patrimoniales” (25).

Un caso emblemático que se ocupó de esta cuestión fue el resuelto por la Corte de Justicia del Estado de California, la que desestimó el reclamo del actor a participar en las ganancias con sustento en dos argumentos, resumidos por Tobías: “que el actor no había retenido un interés de propietario sobre sus células después de removido su bazo pues se trataba de material considerable como *sui generis*” y “que la línea celular obtenida era fáctica y legalmente distinta a las células obtenidos del cuerpo” de aquél. Empero, “concedió un resarcimiento limitado al daño por el abuso de confianza por la ausencia de consentimiento de la víctima” (26).

Si bien es dudoso que el material extraído al actor resulte, como razona el tribunal, *sui generis*, por lo que resulta mucho más plausible el restante argumento (la línea descubierta es, en puridad, algo distinto que la células del actor) y, aún más, el hecho de que las partes del cuerpo, si se destinan a investigación, en verdad constituyen un bien común de la humanidad, que es la que finalmente se beneficia de los éxitos de aquella; lo expuesto revela la complejidad que ofrece la cuestión por lo que considero que se deberá ser muy prudente en las aplicaciones concretas que suscita la presente materia, en orden a no traicionar el espíritu que dimana de la norma y sus fundamentos.

En efecto, que la línea divisoria entre lo propio y lo común con todas las consecuencias conceptuales y económicas que ello entraña es delgada, lo muestra la siguiente reflexión de Cantafio. El autor, tras reconocer—en armonía con la finalidad de la norma—, que “el derecho personal al propio cuerpo” es “consustancial” con la protección de la “identidad genética” en tanto “expresión de la individualidad e identidad de la persona como ser individual y universal al mismo tiempo” (27), escribe que “cuando la finalidad de la extracción

(25) TOBIÁS, “Los actos de...”, nota 10, p. 5.

(26) *Ibid.*, loc. cit.

(27) CANTAFIO, “La salud y los derechos...”, nota 12, p. 2. En cuanto a la dimensión “individual y universal” de la persona humana, cfr. las siempre sugerentes reflexiones de TRIGEAUD, JEAN MARC, “La justice de l’acte personnel” (Discurso de recepción a la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, el 10/12/07, p. 6) y, más ampliamente, del mismo autor, *Introduction à la philosophie du droit*, Bière, Bordeaux, 1992, *passim* y *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bière, Bordeaux, 1995, *passim*.

de las muestras es el diagnóstico y la investigación (...) el dador (donante) de las células y su material genético” tiene “un *derecho subjetivo de disposición y control sobre ellos*, entendido como derecho personalísimo de preservación de su corporeidad, privacidad e individualidad, al amparo axiológico del nuevo derecho genético”, lo cual arroja consecuencias *contractuales y extracontractuales*. Y precisa: “Yendo al plano de la práctica (...) la entrega del material por parte del dador no reviste un carácter incondicional, debido a que en el consentimiento se establecen los usos permitidos del mismo y el requisito de obtener uno nuevo, en el caso de variarlo”. Para Cantafio, dicho control se encuentra en armonía con “el derecho que en todos los casos el patrocinador de las investigaciones clínicas le reconoce” a las personas de “retirar (revocar), en cierto momento, su consentimiento para continuar con el uso de las muestras, *incluso el derecho a solicitar su destrucción, salvo que ello no fuera posible*” (28).

El texto reivindica —en línea con el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano— la relevancia del consentimiento informado en materia de investigaciones por quien ofrece su cuerpo o partes de éste y, por tanto, el pleno conocimiento del alcance de aquellas, así como la potestad de ponerle fin si razones justificadas así lo aconsejan. Con todo, las frases enfatizadas (“derecho subjetivo de disposición y control”; “derecho a solicitar su destrucción...”; “consecuencias contractuales...”) revelan una tendencia a la “propietarización” del cuerpo y sus partes, lo que parece conducir, ya a una lógica mercantilista, ya a una de completo dominio o disposición de aquel que, es claro, lo sitúa en las antípodas del propósito tenido en mira por el artículo bajo examen.

Por último, otro aspecto de la norma que lleva a reflexión es el alcance que cabe otorgar al valor “científico” del cuerpo humano. En relación con este aspecto, la Comisión señala que el cuerpo “tiene valor para la experimentación”. Pues bien: ¿qué tipo de experimentación?; ¿terapéutica, esto es, destinada a la sanación del enfermo?; ¿pura, es decir, orientada a la investigación?; ¿ambas? Los Fundamentos no se pronuncian de modo expreso, bien que si se tiene en cuenta que la norma mienta que el cuerpo humano también tiene valor “terapéutico”, podría concluirse que la experimentación a la que se alude es la que se conoce como “pura”. Y avalaría este parecer que la Comisión de Juristas precisa que la referencia a lo “terapéutico” obedece a que “tiene valor para la curación de enfermedades” (29). Así las cosas, la “experimentación” de índole científica prevista en el artículo connota lo que, en el vocabulario de la “Declaración de Helsinki” (principio 6), alude a que “el propósito principal de la investigación médica en seres humanos es comprender las causas, evolución y efectos de las enfermedades y mejorar las intervenciones preventivas, diagnósticas y terapéuticas (métodos, procedimientos y tratamientos)”.

Ahora bien, si mi exégesis fuera correcta, sin embargo, se debe reconocer que ni de los Fundamentos ni del texto del art. 17 surge el alcance y los consecuentes límites de esa experimentación, por lo que, con arreglo a la pauta

(28) CANTAFIO, *ibíd.*, loc. cit.

(29) “Fundamentos...”, nota 7, p. 457.

de interpretación “sistemática” que el propio Código indica como uno de los temperamentos hermenéuticos a adoptar (art. 2º “...interpretación [...] de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”) (30), se deberá acudir, en orden a desentrañar dicho planteo, a lo que se estatuye, entre otros, en los arts. 58 y 59, lo que genera, a su vez, los interrogantes que se plantearán al tratar estas normas. Se comenzará por el análisis de esta última.

B. El art. 59

Como se anticipó *supra* II al tratar esta disposición, su tercer párrafo señala que “nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, *excepto disposición legal en contrario*” (énfasis añadido).

¿Cuál disposición? El Código no la suministra, omisión que genera inquietud por cuanto nada garantiza, de suyo, que, modificando una célebre expresión del derecho administrativo, “The King could do wrong” y, por tanto, que se dicten normas en esta materia contradictorias con el resguardo de la dignidad humana, tal y como deplorablemente lo registran diversos episodios de la historia.

Con todo, tratándose el nuevo Código de una norma que se concibe como expresamente “abierta” (31), el recurso al ordenamiento jurídico que se deriva de la proposición recién expuesta permite hallar algunos ejemplos. Así, Irene Hooft menciona las leyes 22.909 y 26.529 (32). La primera establece un “régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades previsibles por ese medio” de carácter obligatorio, sin que, a juicio de la Corte Suprema, dicha obligatoriedad resulte reñida con el respeto de la autonomía y de la vida privada consagrada por el art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto la vacunación “excede dicho ámbito personal” fundándose “en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general” (33). Por su parte, la segunda, relativa a los “Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” estatuye en su art. 9º que “El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales”.

(30) Cfr., al respecto, RABBI-BALDI CABANILLAS, “Comentario al art. 2º del CCyC”, en RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA (dirs.) - ESPER, MARIANO (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 61-67. Cfr., asimismo, del mismo autor, “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en RIVERA, JULIO C. (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, esp. p. 49.

(31) Cfr. “Fundamentos...”, nota 7, ps. 445-446. Cfr., asimismo, RABBI-BALDI CABANILLAS, “Consideraciones filosófico-jurídicas...”, nota 31, esp. p. 25.

(32) HOOFT, IRENE, “Comentario al art. 59 del CCyC”, en RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA (dirs.) - ESPER, MARIANO (coord.), *Código Civil...*, nota 30, p. 234.

(33) CSJN, Fallos 335:888.

El citado inc. b) es recogido por el último párrafo del art. 59 y no suscita reproche alguno. Sin embargo, no merece idéntica respuesta el inc. a), por su ostensible vaguedad, la que, en consecuencia, se hace pasible de las reservas ya señaladas respecto de que nada asegura que, ante una amplitud del estilo, indirectamente se pueda concluir autorizando intervenciones perjudiciales para la dignidad humana (34). Y ésta prevención también se extiende al supuesto de la vacunación obligatoria si ésta no es implementada con las debidas restricciones, de modo de evitar un intervencionismo innecesario y, por tanto, abusivo respecto de ciertas drogas y sobre determinados ámbitos etarios, como lo son, por ejemplo, sectores vulnerables (menores de edad; personas gravemente enfermas o en estado terminal, o ancianos), o cuando se está ante una comercialización a gran escala que, aparte de onerosa, no halla justificado respaldo en las precisas necesidades de salud de la población.

C. El art. 58

1. Las modificaciones en la redacción del título y en el primer párrafo y el tema del alcance de las investigaciones incluidas en la norma

Según se expuso con anterioridad, este artículo fue objeto de diversas modificaciones hasta alcanzar su texto definitivo. Aquí deseo puntualizar algunas que revelan la profunda tensión que late detrás de este tema. Por de pronto, el título del artículo. El elaborado por los redactores rezaba “investigación médica con personas humanas”. Al remitirse el proyecto al Poder Ejecutivo Nacional, éste lo alteró, denominándolo “investigación en salud humana”, en tanto que, luego de enviado el documento al Congreso, recibió el título que hoy ostenta (“investigaciones en seres humanos”). De igual modo, el primer párrafo aludía a la “investigación médica en salud humana...” en tanto que el actual documento refiere a la “investigación médica en seres humanos...”. Por último, el Proyecto remitido al Poder Legislativo especificaba que dicha investigación consiste en “intervenciones” y, de seguido, entre paréntesis, se leía: “tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas”. Pues bien, en el Congreso se alteró la redacción por la actual: “...intervenciones, tales como tratamientos, métodos...”.

Tengo para mí que las modificaciones no son meramente semánticas, ni menos, retóricas, sino que parecen revelar la preocupación tanto de las autoridades ejecutivas como legislativas por quitar o suavizar la carga negativa (por los peligros que entraña y por los constantes y conocidos abusos en que se ha

(34) Si bien no concierne, propiamente, a las prácticas de experimentación, no juzgo inoportuno mencionar, como ejemplo de una más que objetable política legislativa, la sancionada en nuestro país en 1921 al desincriminar el aborto por razones eugenésicas, prevista en el art. 86, inc. 2º del Código Penal, todavía vigente. Como fuera expresamente puntualizado en la Cámara Alta (cfr. Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43º Reunión, 31º sesión ordinaria, septiembre 23 de 1920, ps. 937 y ss.), el inciso se justifica “a los fines del perfeccionamiento de la raza”. Sobre esta cuestión, a la que no suele prestársele demasiada atención, cfr. mi estudio “El aborto no punible en la Argentina: consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso ‘F’ de la Corte Suprema”, *Pensar en derecho*, número 0, año 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, ps. 331-378.

incurrido) que inexorablemente lleva aparejado este tema, sin que considere que la redacción definitiva haya logrado ese objetivo.

En efecto; es posible que el tránsito a una redacción que da cuenta que se está, más que ante “investigaciones en salud humana”, frente a “investigaciones en seres humanos”, revela el énfasis por dejar de lado una dimensión (“salud humana”) que es más genérica y que, ciertamente, no capta lo que en verdad está implicado en el tema. Asimismo, la supresión del paréntesis al aludir a la índole de las investigaciones y su reemplazo por los conectores “tales como” revelaría el paso de una redacción restrictiva a una más amplia o meramente indicativa, tal y como fuera advertido por Tale para quien “el texto intercalado entre paréntesis [del proyecto] expresa un contenido más restrictivo que el concepto ‘investigación médica’ que se propone aclarar”. De esta forma, cabría concluir (mido mis palabras) que con la redacción actual, más enunciativa y, entonces, no conclusiva, se encuentran incluidos, siguiendo al autor recién citado, los “ensayos en materia de cirugía” pues éstas “están englobadas en el concepto de ‘tratamiento’ en el argot médico”; las investigaciones etiológicas, “esto es, las que procuran determinar la causa de una enfermedad” o las “investigaciones que se proponen desarrollar nuevos procedimientos de rehabilitación”, prácticas éstas que, con la primigenia redacción, resultaban excluidas. No obstante, no es claro, si resultan captadas “las investigaciones que no importan una ‘intervención’ sobre el cuerpo humano, sino que se limitan a realizar observaciones”, las que, evidentemente, deberían incluirse, pues como expresa Tale, en estos supuestos “la ley también debe proteger a las personas en lo que atañe al respeto de su autodeterminación y de su intimidad, que pueden ser vulneradas si se prescinde del requisito del consentimiento de las personas sujetas a ensayo”, máxime si dicha índole de investigaciones-observaciones, como lo muestran numerosos ejemplos trágicos de la historia (el recién expuesto caso “Tuskegee” es emblemático, pero no es, lamentablemente, el único), “resultan perjudiciales para la vida, salud e integridad” de aquellas. De ahí que comparto su propuesta de que el primer párrafo exhiba una redacción más amplia, que aluda, además de a “la investigación médica en seres humanos” a la “investigación científica de cualquier clase realizada sobre seres humanos” (35).

2. Sobre la indistinción entre las clases de investigación (“terapéuticas” y “puras”) del artículo

Asimismo, se ha reprochado que la norma omite la distinción entre las dos clases de investigaciones experimentales ya mencionadas: las que se realizan con el propósito inmediato de beneficiar al paciente (“terapéuticas”) y las que se destinan al solo adelanto de la ciencia médica (“no terapéuticas” o “puras”). En efecto, el texto alude, sin más, a “la investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas”, de donde, en principio, los “tratamientos” harían pensar en las primeras, y los “métodos” restantes en las segundas, sin

(35) TALE, “Las experimentaciones...”, nota 13, p. 2.

que de la lectura de los Fundamentos del proyecto se observen, como se anticipó más arriba, consideraciones al respecto.

Tale explica adecuadamente la distinción. A su juicio, “en las investigaciones de la primera clase (...) el objetivo puede ser *terapéutico* (cuando el ensayo se efectúa con la esperanza de curar o mejorar la salud, sea por medio de medicación, sea por vía de cirugía) o *diagnóstico* (cuando se quiere probar una técnica nueva para determinar cuál es la dolencia que afecta a la persona sobre quien se ensaya)”. Por el contrario, en las “investigaciones de la segunda clase (...) se busca adquirir conocimientos que permitirían, cierta o probablemente, en un tiempo más o menos próximo, beneficiar la salud de personas distintas de aquellas que están sometidas al experimento, por ej. disponer de un procedimiento diagnóstico, preventivo, terapéutico o predictivo eficaz para determinada enfermedad (...) o bien avanzar en el conocimiento de la etiología de las dolencias (por ej. cuando se hacen ensayos para indagar la causa de una infección)”(36).

Pues bien, aparte de la referida falta de precisión en el párrafo recién expuesto, los distintos incisos que componen el artículo y que detallan, como se adelantó, los recaudos que deben cumplimentarse en orden a justificar una investigación que “no está científicamente comprobada”, exhiben una promiscua *melange* entre uno y otro tipo de prácticas. Así, el citado inc. e) parece pensar en ambas clases, en tanto que en los incs. g); h); i) e j) sólo en las no terapéuticas.

Desde luego, la necesidad de esta precisión estriba, como lo puntualiza Tale, en que “en el primero de los dos géneros de investigaciones médicas se pueden justificar riesgos y molestias mayores que en el segundo”, de modo que si el distingo no está claro se puede incurrir en la pendiente resbaladiza que conduce, en el ámbito de las terapias “puras”, a la instrumentalización de la persona. El autor citado lo explica con el ejemplo de quien prueba con “una sustancia química nueva que cierta o probablemente cause efectos tóxicos importantes, sobre personas enfermas desahuciadas por la ciencia médica y con pronóstico de breve sobrevida en el curso normal de su dolencia”, en cuyo caso la medida puede estar justificada. Pero, añade, “la misma clase y grado de riesgo no puede justificarse si se trata de una persona sana o que está afectada de una enfermedad tal que en nada la beneficiaría el resultado que se obtuviera con la prueba de dicha sustancia. Puede que se cumpla la proporción que menciona el inc. c) del art. 58 [actual inc. g)] en este segundo ejemplo, en tanto el riesgo que corre el sujeto sometido al ensayo está compensado por importantes beneficios que podrían obtener muchos enfermos con el descubrimiento que se alcance, pero se viola la regla que prohíbe dañar a otro (*alterum non laedere*)” (37).

De ahí que no parece que la regla del inciso citado resulte satisfactoria de suyo, pues si bien la práctica a la que alude el ejemplo resultaría viable en el

(36) *Ibíd.*, p. 3. En idéntico sentido, HOOFT, nota 32, p. 230, señala que la “llamada medicina ‘predictiva’ es aquella vinculada con la investigación de individuos *sanos* que tiene predisposición a desarrollar determinada enfermedad” (énfasis añadido).

(37) TALE, nota 13, loc. cit. Cfr. en igual sentido HOOFT, *ibíd.*, loc. cit.

caso de un paciente terminal a quien aquella se destina, no lo será si se está ante una investigación no terapéutica, pues la desproporción respecto del paciente, de ordinario sano, supera con largueza los beneficios que se esperan obtener del tratamiento. Esta casuística muestra, pues, los inconvenientes de la omisión apuntada y la necesidad, de *lege ferenda*, de establecer con el mayor detalle posible los recaudos que corresponden seguir según se trate de un procedimiento terapéutico o no terapéutico.

3. La falta de precisión del límite de la muerte o de graves daños en el examen de proporcionalidad de las investigaciones del inc. e)

De igual modo, también se ha observado que aun cuanto el señalado inc. e) correctamente dice que la experimentación debe “estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación...”, como expresa Tale, no prohíbe que se someta una persona a un experimento que se sepa que conduce a la muerte cierta de ella, incluso si se encuentra sana, o que del tratamiento se deriven graves secuelas físicas, lo cual es mandatorio si se pondera que en torno de esta cuestión se encuentran comprometidos bienes básicos de la persona y que, por lo mismo, el principio rector que guía este tópico son los mencionados *neminem laedere* y los *tria praecepta* que emanan del Informe Belmont que, como añade el autor, en deontología médica se enuncia como *primum non nocere* (“lo primero es no dañar”) (38). De ahí que cuando el daño es a bienes personalísimos, el consentimiento sólo puede admitirse si no es grave o si siendo de tal magnitud se realiza con el fin de obtener —con certeza o con razonable probabilidad— un bien mayor en línea con lo dispuesto por los citados arts. 55 y 56, corolarios ambos del 51. Por ello, concluye el autor, “pueden ser lícitos ensayos en los que el menoscabo grave sea improbable, o cuando se trate de un perjuicio a la salud, pero leve y proporcionado con el beneficio que se obtendría para otros, y siempre que el sujeto dé su conformidad (por ejemplo, un tratamiento experimental con el cual una persona sana se arriesga a contraer cierta alergia con bastante probabilidad, pero se hace para hallar una nueva terapia para enfrentar la leucemia que otros padecen). Hasta aquí, la solidaridad para con el prójimo es compatible con el deber moral que tiene el hombre respecto de sí misma, de conservar su vida, integridad y salud” (39).

La observación aquí expuesta encuentra sustento en el ya mencionado principio nro. 5 del Código de Nüremberg, según el cual “ningún experimento

(38) TALE (ibíd., ps. 2-3) lo explica como sigue: “si se inoculan, por ejemplo, virus letales o células cancerígenas malignas que no podrán nunca retirarse, en un conjunto de siete personas con el objetivo de investigar la evolución inicial de las respectivas enfermedades en el organismo humano, puede existir proporción entre el resultado letal y los conocimientos que probablemente se obtengan, que pueden beneficiar a muchas personas que padezcan tales infecciones o cánceres. Pues se sacrifica la vida de siete personas para el probable beneficio de varios miles de personas. Pero esto no puede justificarse; la exigencia de proporción entre daños y riesgos de un lado y beneficios de otro lado es un requisito necesario, pero no es suficiente”.

(39) Ibíd., p. 3.

debe ser ejecutado cuando existan razones *a priori* para creer que pueda ocurrir la muerte o un daño grave, excepto, quizás en aquellos experimentos en los cuales los médicos experimentadores sirven como sujetos de investigación". Sobre tales bases, la también referida Declaración de Helsinki conserva dicho criterio (cfr. esp. principios 4, 5, 7, 8 o 9, primer párr.) en tanto, como explica Berti García, se postula que la investigación sobre seres humanos "sólo podrá ser iniciada si, teniendo en cuenta los conocimientos existentes hasta el momento (de laboratorio y con animales de experimentación), cabe esperar un beneficio al paciente al aplicar la nueva terapéutica experimental". Sin embargo, añade, "como en general tal extremo no se puede garantizar, este requisito sólo prescribe la necesidad de que no existan sospechas fundadas de posibles perjuicios a la salud del sujeto de investigación" (40). De ahí que, completa Hoof, dicha Declaración vuelve sobre el norte liminar de que el "bienestar de la persona" participante "debe tener primacía sobre los otros intereses" (41).

4. ¿Alteración del principio general de no disponibilidad del cuerpo humano y de no cosificación de la persona respecto de las prácticas "no comprobadas científicamente"? La cuestión en el ámbito comparado y en algunos ejemplos jurisprudenciales de nuestro país

En definitiva, todas las observaciones precedentes se orientan al mismo objetivo de evitar la instrumentalización de la persona en una materia como la presente en la que la línea que conduce a ello, como se adelantó, es delgada. Desde esa lógica, acaso una última reflexión crítica la suscita la semántica con la que se presenta el artículo, en tanto parece haber invertido la referida regla general de la no disponibilidad del cuerpo humano, sobre la que tanto se ha insistido *supra* II y III, nada menos que respecto de prácticas "cuya eficacia o seguridad *no están comprobadas científicamente*" (énfasis añadido). En efecto; dichos procedimientos no se plantean como *ultima ratio*, sino como principio general, de modo que, admitidos, *recién entonces* se establece el nutrido elenco de recaudos precedentemente examinado. Repárese, en efecto, en la estructura de la disposición: ella alude, *de inicio* y como un dato incuestionado, a "la investigación médica en seres humanos mediante intervenciones (...) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente". Y, *de seguido* —es decir, a continuación— *se restringe lo que ya se ha plantado como principio*: "...sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos" (énfasis añadido), limitación ésta que es lo mínimo que cabe esperar si se pondera que tales intervenciones, como reza la norma, aún no se hallan testeadas por la comunidad científica o por la autoridad de aplicación.

(40) Cfr. BERTI GARCÍA, MARÍA BERNARDITA, "Conmoción por sucesos ocurridos con motivo de una investigación sobre seres humanos", *El Derecho*, Buenos Aires, diario del 28/3/16, p. 8, nota 1. Cfr., en sentido idéntico, y a propósito de la "edición genética humana", la reflexión de LAFFERIERE, JUAN NICOLÁS, "La edición genética humana, el art. 57 del Código Civil y Comercial y los límites de la biotecnologías", *DFyP*, 2016 (junio), 107, p. 4.

(41) HOOFT, nota 32, p. 229.

De ahí que una redacción inversa, esto es, que reitere (pues está presente como se vio en los otros artículos examinados), el principio general de la indisponibilidad del cuerpo humano y que asuma, como excepción, el criterio puesto en el ámbito de los tratamientos todavía no comprobados científicamente, hubiera sido más pertinente en una materia en la que las experiencias contemporáneas encienden permanentes luces de alarma. Al respecto, a los ejemplos ya aludidos, mencionaré ahora otros testimonios más recientes y algunos casos jurisprudenciales registrados en nuestro país que muestran la necesidad de actuar con suma prudencia en este delicado ámbito, en especial cuando se está ante prácticas cuya validez aún no han sido comprobadas científicamente. Es que detrás de todos esos supuestos late la permanente tensión que se observa entre las ciencias biotecnológicas y sus afanes por superar las enfermedades que aquejan al ser humano; el deseo de éste por sobreponerse a aquéllas y la ética que repara en el modo y límites en que dichas investigaciones deben realizarse.

1. En cuanto a lo primero, Berti García recuerda el episodio sucedido en Francia en 2015 por el que una persona sufrió muerte cerebral, tres corrieron serios riesgos de padecer daño cerebral irreversible y otras dos fueron hospitalizados luego de recibir por parte de una empresa, previa autorización de la Agencia Francesa de Seguridad de Productos de Salud, junto a más de un centenar de personas sanas de entre 28 y 49 años de edad, una droga (inhibidor de una enzima conocida como FAAH o hidrolasa de amida de ácido graso), en ensayo clínico fase 1, “destinada a ayudar con los problemas motores, del estado de ánimo y ansiedad vinculados a las enfermedades neurodegenerativas por tener un efecto sobre el sistema endocannabinoide, un conjunto de receptores cerebrales” (42).

(42) BERTI GARCÍA, nota 40, p. 8. La autora cita que especialistas cuestionaron el criterio por el que se aprobó la investigación dado que “otros inhibidores de FAAH se han probado ya de forma segura en la Fase 1 y la Fase 2 de ensayos clínicos”. Asimismo, el trabajo menciona otro caso por el que en marzo de 2006 en Londres seis jóvenes padecieron graves daños en su sistema inmunológico después de ser inyectados con un estimulante del sistema inmunológico conocido como TGN1412, el que también se hallaba en un ensayo en fase 1. Asimismo, en línea con la observación citada en la nota 21 por parte del Informe Belmont, Berti García cita la opinión del prof. C. Elliot, experto de la Universidad de Minnesota, relativa a los abusos en que se puede recaer si se pondera que “muchos voluntarios de prueba de fase 1 son personas pobres y desempleados que están desesperadas por obtener dinero... lo que significa que fácilmente pueden ser explotados”. Complementando esta percepción, Tinant, en su ya citado estudio de la nota 19, ps. 3, 5 y 6, señala que esa conducta es consecuencia del explícito abandono, a fines de la década del noventa, de la señalada moral universalista en la materia en favor de “imponer una concepción pragmático-liberal de la salud como mercancía”. Liderada por los Estados Unidos —país que, señeramente, 50 años antes había conducido los juicios contra las prácticas aberrantes a la dignidad humana llevadas a cabo por las políticas de la Alemania nazi, más allá de que aquella nación no fue inmune a conductas del tipo, como se señaló más arriba—, Tinant advierte el advenimiento de un “doble estándar ético” que conduce a la “realización de investigaciones no éticas en países pobres”; a la propuesta de la “terapia más alta disponible y sustentable” para los más privilegiados y, en definitiva, a favorecer, por encima de la “primacía del bienestar del ser humano participante y el derecho al mejor tratamiento disponible”, las propias investigaciones motivadas en razones científicas, comerciales o sociales, lo que revela el paradójal acercamiento de estas prácticas a los protocolos emanados del Reglamento de los Médicos de 1935 del entonces Tercer Reich que, precisamente, aquellos juicios procuraron desterrar.

De igual modo, Laferrière memora la propuesta del Departamento de Servicios de Salud de los Estados Unidos de fines de 2015 y de otros estados de esa nación de introducir algunos cambios en la norma que regula las políticas federales vinculadas con la protección de los seres humanos en la investigación (la “Common Rule” que data de 1991). Si bien la proposición incluye que “el formulario en el que se asienta el consentimiento informado contenga detalles apropiados sobre la investigación” y sea “presentada de forma que se destaque este tipo de información”, un punto polémico “es que se permitirá incluir un consentimiento ‘amplio’ para otros usos de las muestras biológicas, de tal manera que la persona autorice que se investigue (...) no sólo para los fines de la investigación, sino también para fines futuros no especificados”. E igualmente polémico lo es “revisar los criterios para la vigilancia y supervisión de los proyectos de investigación, según posean más o menos riesgos para los sujetos particulares. En consecuencia, se aligerarán los requisitos formales en los casos menos riesgosos”. En suma, se concluye que “las reformas se mueven en dos sentidos: un consentimiento más amplio y vago, que autorizaría futuros usos de la información sin conocimiento de la persona y la exclusión de ciertas investigaciones de la revisión ética” (43).

2. A su vez, en cuanto a lo segundo, me detendré en algunos casos registrados respecto de este tema en nuestro país.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 1987, en un célebre caso vinculado con el suministro de la droga conocida como “crotoxina” para tratar una determinada patología, luego de señalar que por no encontrarse los recaudos de necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento, no correspondía suministrar el complejo, recordó que “la fiscalización estricta de la experimentación y subsiguiente comercialización de productos medicinales tiende a evitar que esa actividad científica y comercial derive en eventuales perjuicios para la salud”, pues la acción del Estado en este campo “reconoce no sólo razones estrictamente científicas, sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines” (44).

De igual modo, y más cercano en el tiempo, el Alto Tribunal rechazó en 2010 el reclamo de que una obra social cubra el tratamiento con vacuna T linfocitaria que reclamaba quien padecía esclerosis múltiple, en razón de que aquél “se encuentra en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación, no contándose, incluso, con resultados de ensayos clínicos fase III”, máxime si la apelante “no ha sostenido que en el país se registre protocolo de investigación alguno al respecto” y si aun considerando que “la pretensión incluyera el trasplante autólogo de células progenitoras hematopoyéticas”, la recurrente no se hizo “cargo de la resolución 276/2008 del INCUCAI por la cual

(43) LAFFERRIÈRE, JORGE NICOLÁS, “Estados Unidos estudia una controvertida reforma a su regulación de la investigación con seres humanos”, *El Derecho*, diario del 26/5/16, p. 8.

(44) CSJN, Fallos 310:112.

el mencionado trasplante en casos” como el del *sub examine*, “fue clasificado como de ‘técnica experimental’” (45).

A su vez, en 2014, la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil dejó sin efecto el otorgamiento del 100% de un tratamiento respecto de una persona que padecía “amaurosis bilateral” (ceguera) con sustento en que, de acuerdo con las constancias de la causa “no existe evidencia científica que avale el uso de células madres para la patología del actor”, además de que no consta que la universidad que proponía la práctica “se encuentre llevando a cabo investigaciones respecto del tratamiento requerido” o que existan procedimientos o trabajos que divulguen investigaciones al respecto, las cuales, por el contrario, se hallan en “fase de investigación exploratoria temprana”. Por lo demás, se consideró que los tratamientos experimentales “no pueden ser financiados por los pacientes o coberturas sociales”, sino por el “investigador” o el “patrocinador” (46).

V. CONCLUSIONES

La cuestión abordada en estas páginas a partir de la reciente sanción del Código Civil y Comercial argentino, el que le dedica varias disposiciones, es de una altísima significación para el ser humano. Desde el fondo de la historia éste ha procurado hacer frente a las afecciones de salud, en definitiva, como una clara manifestación de la tendencia natural a salvaguardar la integridad física y, en última instancia, la vida misma. En el último siglo y medio, el progreso de las ciencias médicas adquirió una relevancia inimaginable y constante, permitiendo la curación o, en su defecto, la neutralización y mitigación de numerosas enfermedades otrora siquiera tratables. Desde luego, dichos propósitos no están en discusión. Todos —ciertamente quien esto escribe y el posible lector de

(45) CSJN, causa B.537.XLIV. RH. “Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro”, sent. del 19/5/2010. En sentido semejante, el Dictamen de la Procuración General de la Nación del 12/3/09 que precedió a dicho pronunciamiento, tras destacar (ap. V) que junto al “derecho fundamental a la salud” que constituye el objeto del pleito, “se incardinan otros conceptos que también revisten relevancia singular, como son los relacionados con el poder de policía sanitaria”, concluye que “el consenso internacional determina —en defensa de los sujetos de investigación—, que los estudios clínicos aplicados en seres humanos, deben ajustarse a los más rigurosos cánones técnicos y éticos. Dicha exigencia deviene de la naturaleza primordial de los derechos humanos que se juegan en esas experiencias, sobre todo si se tiene en cuenta la vulnerabilidad que en muchos casos sufren los individuos que se ven precisados a participar en ellas, producto de sus padecimientos físicos”. Como se ve, en su último párrafo el Dictamen incorpora como señal de alerta respecto de las prácticas de experimentación no debidamente validadas, el (comprensible) deseo de muchos de curar sus enfermedades a cualquier precio (incluida su propia integridad o, incluso, su misma vida). Y este dato (“padecimientos físicos”) debe unirse a los mencionados por el prof. Elliot y por Tinant en la nota 42 (poblaciones en situación de extrema pobreza o de explotación) y que facilitan el despliegue de estas prácticas irregulares. En contra del criterio jurisprudencial predominante, cfr. la decisión de la mayoría de la Cámara Cont. Adm. La Plata, en la causa “Bogdanowicz, Alejandro J. c/ Prov. de Buenos Aires s/amparo”, sent. 30/11/10 (*El Derecho*, EDA, Buenos Aires, 15/9/11).

(46) CNCiv., sala K, “B. N. S. c/ OBSBA y otros s/amparo”, *in re*, sent. del 13/5/14. La consideración citada en último término en cierto modo conecta con el tópico planteado *supra* IV, A, respecto de la posibilidad de beneficiarse de las ganancias que se obtengan por el empleo del material biológico de las personas o de plantear reclamos respecto de su utilización no autorizada. Sobre el tema, la solución de la jurisprudencia norteamericana allí referida coincidiría con los términos y la fundamentación del art. 17, tal y como se ha señalado en el apartado II de este trabajo.

estas páginas— nos hemos beneficiado de esos avances. La discusión se sitúa —al menos la he situado en estas páginas a la luz de la filosofía jurídica de la que se ha partido— en “cómo” concretarlos en orden a resguardar, en línea de principio y tanto como resulte posible, la intangibilidad misma del ser humano a cuyo servicio dichos avances, en puridad, se destinan.

La lógica de la “modernidad”, como ha sido estudiada por una amplia y conocida bibliografía, alentó el ideal de un “progreso indefinido” en la inteligencia en que en esa perspectiva radicaban las mejores respuestas para el bienestar humano en todos los ámbitos de la vida. Ahora bien; la crisis ambiental; las asimetrías económicas o las obscenas disparidades en el disfrute de los bienes sociales, por no mencionar sino algunos ejemplos, enseñan que no pocas conductas sociales resultan incoherentes con los altos objetivos propuestos por aquel planteamiento. Y en ese panorama, lo relativo a la salud no ha sido excepción, pues el campo de la investigación en los seres humanos —que está en la base de los avances sobre esa materia—, como se ha procurado mostrar en estas páginas, ha sido y es escenario de numerosas experiencias trágicas que ponen en tela de juicio su propia tarea, en tanto, para decirlo nuevamente con D’Agostino, afectan irremediamente la “defensa de la identidad misma” de la persona (47).

Ante ello, la cuestión que concierne a este papel—como, en suma, todos los asuntos vinculados a la bioética— es, y vuelvo a D’Agostino, “antes que nada una cuestión antropológica” (48) y reenvía a la tarea emblemática que cabe al Derecho (con mayúsculas): “ser la estructura de la protección y de la promoción de la identidad de la persona” (49). Es que “el principio jurídico fundamental de nuestro tiempo reside en el reconocimiento, en todo ser humano, de un sujeto jurídico” (50). Por ello, la bioética requiere que ninguno de sus descubrimientos, desarrollos y, especialmente, procedimientos, afecten (y, *a fortiori*, destruyan), *de principio*, esto es, “no como un axioma, sino como un arché”, la “posibilidad del reconocimiento de la identidad del individuo humano” (51). En definitiva, si los humanos no somos capaces de asumir esa interpelación y de responderla en el sentido del resguardo irrestricto de la identidad humana, entonces, para decirlo con Ionesco, la humanidad habrá capitulado irremediamente (52).

(47) D’AGOSTINO, nota 17, p. 157.

(48) *Ibíd.*, loc. cit.

(49) *Ibíd.*, p. 163.

(50) *Ibíd.*, p. 164.

(51) *Ibíd.*, p. 167.

(52) IONESCO, EUGÈNE, “Rhinocéros”, en *Théâtre complet*, Gallimard, París, 1991, esp. p. 638.

CAPÍTULO IV

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO AL ACCESO AL AGUA POTABLE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA⁽¹⁾

Por Luciano Laise

I. INTRODUCCIÓN

El acceso al agua potable es una necesidad básica y fundamental. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, el agua es el que impacta de manera más significativa en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo (2). Aún más, el agua resulta indispensable para el desarrollo humano sostenible y para la erradicación de la pobreza y el hambre, como remarcan Yáñez Contreras y Acevedo González (3). En efecto, el acceso al agua potable es una condición necesaria para garantizar la salud humana, un mínimo de higiene personal y doméstica y, por lo mismo, resulta tanto una pre-condición para la vida humana en sociedad como para el disfrute del resto de los derechos humanos (4).

Sin embargo, recién en los últimos años tanto los países desarrollados como aquellos en vía de desarrollo, aunque por distintas razones, han comenzado a tomar conciencia de la escasez del agua como recurso natural (5). Esto resulta de particular relevancia en el contexto regional donde se presenta la paradoja de que América Latina contiene abundantes recursos hídricos —se estima que

(1) Agradezco al Prof. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS sus sugerencias y observaciones a una versión preliminar de este capítulo.

(2) Cfr. PINTO, MAURICIO - TORCHIA, NOELIA - LIBER, MARTÍN - GONZÁLEZ DEL SOLAR, NICOLÁS; RUIZ FREITES, SANTIAGO, *Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual*, en *La Ley Gran Cuyo*, (2007), mayo, p. 386.

(3) YÁNEZ CONTRERAS, MARTHA - ACEVEDO GONZÁLEZ, KARINA, *El acceso al agua para consumo humano en Colombia*, en *Revista de Economía Institucional* 15 (2013) 29, p. 126.

(4) Cfr. WINKLER, INGA T., *The Human Right to Water: Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation* (Oxford & Portland, Hart Publishing, 2012), p. 43.

(5) Cfr. BERTAZZO, SILVIA, “La tutela del acceso al agua potable en el derecho internacional”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22 (2015) 2, p. 57.

la región contiene un 35% del agua dulce del mundo— pero, a la vez, solo un 20% de la población es capaz de acceder a un apropiado servicio de agua corriente (6). Más aún, la región latinoamericana cuenta con la mayor cantidad de litros de agua dulce per cápita del mundo—3.100 m³ de agua per cápita por año—, lo que implica el doble del promedio mundial y, además, la gran mayoría de los países cuenta con disponibilidades catalogadas entre altas y muy altas en proporción a la relación entre superficie y población (7).

Situados en este contexto, se puede apreciar el revuelo mediático que suscitó la eliminación del derecho fundamental al agua potable que recogió el texto del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante: CCyC). En ese sentido, vale remarcar que el Poder Ejecutivo Nacional [en adelante: PEN] suprimió el reconocimiento de tal derecho en la versión definitiva del Proyecto que fue remitido al Congreso de la Nación y que terminó siendo finalmente aprobado. Esto pareciera entrar en tensión con el derecho al acceso al agua potable que se desprendería implícitamente del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece “(...) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia”, tal como lo sostiene Observación general nro. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas (8). Cabe tener presente que el citado Pacto Internacional cuenta con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, de la Constitución de Nación Argentina.

En el transcurso del presente trabajo se defenderá la tesis de que el derecho fundamental al acceso agua potable no solo es un mero desglose del derecho constitucional a un “ambiente sano” que recoge el art. 41 de la Constitución de la Nación Argentina. Se trataría de un derecho fundamental —desde el punto de vista del derecho constitucional—, un derecho humano —desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos—, o bien un derecho personalísimo —desde un enfoque propio de la dogmática civilista— (9) que se encuentra implícitamente recogido o incorporado en el CCyC. En concreto, la principal contribución de este escrito radica en mantener que el derecho al acceso al agua potable también se deriva implícitamente de otras normas de

(6) Cfr. OLMOS GIUPPONI, M. BELÉN - PAZ, MARTHA C., The Implementation of the Human Right to Water in Argentina and Colombia, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15 (2015), p. 333.

(7) Cfr. CENICACELAYA, MARÍA DE LA NIEVES, “El derecho al agua en Latinoamérica”, en *Anales: Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de La Plata* 8 (2011) 41, p. 87.

(8) Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General nro. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. U.N. Doc. E/C.12/2002/11., 20 de enero de 2003, § 3, Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/C.12/2002/11&referer=http://www.un.org/es/documents/index.html&Lang=S (Última visita: 25/2/2016).

(9) Cfr. CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, La Ley* (2014) 17/11/2014, ps. 273 y ss. En un orden similar de ideas, se ha dicho que “los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los estados”. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (México DF, UNAM, 2003), p. 58. Es en este sentido en que se utilizará como sinónimos la expresión “derechos humanos” y “derecho fundamental”.

rango infraconstitucional que integran el propio Código Civil y Comercial. A grandes rasgos, el reconocimiento del mencionado derecho se desprendería tanto del reconocimiento de derechos de incidencia colectiva —una de las grandes novedades que introdujo el nuevo cuerpo codificado de normas de derecho civil y comercial de Argentina— como del reconocimiento y protección de la dignidad de la persona humana que enuncian los arts. 51 y 52 del CCyC —otra innovación relevante del nuevo cuerpo de normas de derecho privado argentino—. Dicho de otra manera, no es que el derecho al acceso potable dependa exclusivamente de su reconocimiento legal —lo que contradeciría su carácter iusfundamental— sino que la propia sistemática del CCyC incorpora o reconoce implícitamente el derecho al acceso al agua potable.

La estructura de este capítulo se articula de la siguiente manera: una reconstrucción de los presupuestos mínimos o contenido esencial del derecho fundamental al acceso al agua potable en el sistema constitucional argentino —epígrafe I—. Posteriormente, se especificará o determinarán los contenidos que implican esos presupuestos mínimos, tanto a partir de a) reconocimiento a la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana que garantiza y protege explícitamente los arts. 51 y 52 del CCyC —epígrafe II—; como b) el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva que se enuncian en el art. 14 del CCyC y sus respectivas limitaciones (arts. 240 y 241) —epígrafe III—. De esta manera, se espera argumentar que el derecho fundamental al acceso al agua potable no solo está reconocido en el bloque de constitucionalidad federal sino que se deriva implícitamente del reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y de la inviolabilidad de la dignidad humana que plantea el CCyC. Finalmente, se culminará con un acápite en el que se recapitularán las principales conclusiones a las que se arribará en el presente trabajo—epígrafe IV—.

II. EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO AL AGUA POTABLE

La comisión redactora del CCyC propuso la inclusión de un artículo en el que se reconocía el derecho fundamental al agua potable. En concreto, el art. 241 del Anteproyecto establecía: “Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales” (10). Sin embargo, tal derecho ha sido eliminado por las modificaciones del PEN al anteproyecto de reforma del CCyC elaborado por la citada comisión redactora (11). En tal sentido, vale destacar que el documento del PEN en el que se redactó la versión definitiva del CCyC —decreto 191/2011—no explicita ninguna razón por las que se suprimió el expreso reconocimiento del

(10) Cfr. “Fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código Civil”, p. 39. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/7-Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-P.E.N.pdf> (Última visita: 2/3/2016).

(11) Cfr. “Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional al anteproyecto de reforma del Código civil elaborado por la comisión de Reformas”, Decreto 191/2011, p. 4. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/7-Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-P.E.N.pdf> (Última visita: 2/3/2016).

derecho al acceso al agua potable (12). Esto no solo se advierte en el tema que nos ocupa sino que todo el documento se limita estrictamente a señalar qué normas se suprimieron o modificaron del proyecto elaborado por la Comisión redactora. En otras palabras, todas las modificaciones que el PEN formuló al anteproyecto son simplemente enunciadas pero de ningún modo se argumenta o da razones para justificar esas alteraciones.

Según Burucua, se habría formulado la supresión del derecho fundamental al acceso al agua en virtud de que el PEN advirtió una tensión entre el derecho fundamental al agua y la estructura federal del que establece el art. 1º de la Constitución: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según la establece la presente Constitución” (13). Siguiendo tal orden de razonamiento, la supresión del derecho al acceso al agua potable se apoyaría en la idea de que el federalismo sería una limitante para reconocer derechos fundamentales la legislación nacional. Con otras palabras, la estructura federal del Estado argentino —según el criterio del PEN— sería un freno al reconocimiento infraconstitucional de nuevos derechos fundamentales.

Esta tesis del PEN se opone tajantemente a una visión adscriptiva de los derechos fundamentales. De hecho, en la medida en que se le adscribe dignidad al ser humano viviente se le atribuye como una suerte de “(...) etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización. En este sentido, impone deberes y confiere derechos fundamentales” (14). Con otras palabras, si los derechos fundamentales descansan en la dignidad de la persona humana, pues su reconocimiento es independiente de la forma unitaria o federal en que se organice el Estado. Sin embargo, la eficacia de los derechos fundamentales sí puede guardar relación con la organización federal del Estado. De hecho, en este trabajo se argumentará que el federalismo argentino puede ser concebido como un *acelerador* para la vigencia material de los derechos fundamentales.

No resulta sencillo arribar a un único concepto definitivo sobre el federalismo porque este comporta un fenómeno socio-político de gran complejidad, tal como remarca Ábalos. Con todo, siguiendo a la citada profesora, sí podría identificarse los distintos elementos básicos que caracterizan a un estado federal: “a) dos o más órdenes de gobierno que participan del poder estadual; b) una ley fundamental de la que surgen estos órdenes y al que ambos están subordinados; c) un ordenamiento jurídico descentralizado; d) un principio de

(12) Cfr. “Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional...”, cit. (nro. 11) p. 4. Entre quienes remarcan la falta de argumentación en torno a esta eliminación, cfr. FLORES, ÁLVARO B., “La regulación de las limitaciones al dominio en razón del interés público en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Suplemento de Jurisprudencia Argentina* (2013) mes de Julio, ps. 31-39.

(13) Cfr. BURUCUA, ANDREA, Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial: ¿se afecta el Derecho Ambiental, Disponible en: www.camaron.org.ar/vermas-noticias.php?n=408&PHPSESSID=522b828165204a0d3c1e25334a15971f (Última visita: 8/3/2016).

(14) Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “Dignidad, derechos humanos y democracia”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 1. En línea: <http://www.acaderc.org.ar/doc-trina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia> [Última visita: 3/12/2016].

unión que permite la existencia de comunidades diversas; e) la participación y la autonomía de uno de esos órdenes de gobierno que es el provincial; f) el reparto de competencias y g) las relaciones entre los poderes” (15). Así, siendo más específico, el criterio que adoptó el PEN supone que la regulación del acceso al agua potable incumbe exclusivamente a las provincias, según el reparto de competencias que estableció la reforma de la Constitución del año 1994 en su art. 124, párr. 2º, que establece lo siguiente: “(...) corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Lo anterior pareciera omitir una cuestión que introdujo la reforma constitucional del año 1994 que matiza el dominio originario de las provincias en materia de recursos naturales. En concreto, el art. 41, párr. 3º, dispone que “Corresponde a la nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección relativos a la utilización racional de los recursos, sin alterar las jurisdicciones locales, pudiendo las provincias dictar las normas necesarias para complementarlas”. Es por eso que autores como Dalla Vía sostienen que las provincias son titulares del dominio de los recursos naturales tales como el agua y que, por lo mismo, ejercen su poder de policía sobre ellos (16).

Sin embargo, también existe un *piso mínimo* ambiental que se ubica dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación (17). Así, el nivel nacional solo podría limitarse a establecer los contenidos básicos o mínimos que luego habrían de ser complementados por cada provincia. Estamos, pues, ante un supuesto de competencias concurrentes; vale decir, atribuciones que pertenecen en forma común y paralela al Estado Federal y a las provincias, aunque en el caso de la materia ambiental, en diferentes medidas según el nivel del que se trate —nacional, provincial o local—. En consecuencia, no se trata de competencias excluyentes sino de establecer relaciones de coordinación o concertación entre los distintos niveles gubernamentales o mejor dicho, como se ha dado en llamar, un *federalismo de concertación* (18).

Al respecto, vale poner de resalto que el federalismo de concertación ha tenido un fuerte impulso a partir de la ley 25.675 que le otorgó una nueva jerarquía al Consejo Federal de Medio Ambiente (en adelante, COFEMA) (19), tornándolo en el ámbito de concertación y coordinación por excelencia en materia de presupuestos mínimos y políticas ambientales, con miras a armonizar

(15) ÁBALOS, MARÍA GABRIELA, “Los recursos naturales y las facultades nacionales, provinciales y municipales en el federalismo argentino: algunas consideraciones”, en *El Derecho Constitucional* (2007), p. 308.

(16) Cfr. DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, *Manual de Derecho Constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 689.

(17) Cfr. ídem.

(18) Cfr. FRÍAS, PEDRO JOSÉ, *El proceso federal argentino: de la decadencia a la recuperación*, edición del autor, Córdoba, 1988, ps. 26 y ss.

(19) El COFEMA es un órgano de concertación creado en 1990 por la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y conformado por los representantes de las máximas autoridades ambientales de cada uno de los Estados miembros. El Acta Constitutiva del COFEMA fue ratificada por el art. 25 de la Ley General del Ambiente 25.675.

las atribuciones nacionales con aquellas provinciales y locales. Más específicamente, la citada ley atribuye al COFEMA la potestad de coordinar y concertar los intereses de las distintas autoridades jurisdiccionales y los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública, en lo relativo al ordenamiento territorial (20). Asimismo, la ley instituye el mentado *Sistema Federal Ambiental*, cuyo objetivo consiste en desarrollar la coordinación de la política ambiental entre las distintas jurisdicciones con el objetivo de alcanzar el desarrollo sostenible, bajo el liderazgo del COFEMA (21).

Ahora bien, lo último exige precisar en qué consiste esta noción de *presupuestos mínimos* relativos a la utilización racional de los recursos [naturales]. Para ello, es preciso situar tal disposición en su contexto más amplio: el art. 41 de la Constitución. Esa norma, en efecto, comienza reconociendo un derecho a un “ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” (22). De esta manera, el citado artículo reconoce un derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano pero, además, confiere al Congreso Nacional la atribución de establecer una suerte de *piso* básico o mínimo para la utilización racional de los recursos naturales. De hecho, el tercer párrafo del art. 41 dispone que: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (23). En lo que respecta al derecho fundamental al agua, esto supone una suerte de distribución de competencias en lo que hace a su regulación. Más en concreto, le incumbe directamente al nivel nacional el garantizar las condiciones básicas y fundamentales del acceso al agua potable.

De hecho, la opinión del PEN al rechazar la inclusión expresa del derecho fundamental al agua potable no hace sino enturbiar la determinación del sujeto obligado. Más específicamente, ¿quién es el sujeto obligado a desarrollar los niveles de goce y disfrute del derecho fundamental al agua? ¿Es el Estado Nacional o es el Estado Provincial? La solución a esta clase de interrogantes es, quizá, uno de los mayores desafíos que deben enfrentar los operadores jurídicos ambientales, tal como sostiene Pigretti (24). Con todo, se podría empezar respondiendo, de modo similar a la discusiones que se dieron en ocasión del trámite parlamentario de la actual Ley de Educación Nacional (25), que el nivel nacional solo puede sentar las bases o, como dice la propia Constitución en su art. 41, los *presupuestos mínimos* que implica el reconocimiento del derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano.

(20) Cfr. *Ley de la Nación Argentina* 25.675, art. 9°.

(21) Cfr. *ibíd.*, art. 23.

(22) Cfr. *Constitución de la Nación Argentina*, art. 41, § 1.

(23) Cfr. *ibíd.*, art. 41, § 3.

(24) Cfr. PIGRETTI, EDUARDO ANDRÉS, *Perspectivas del derecho ambiental*, en *El Derecho Ambiental*, 10 de septiembre (2015), ps. 1 y ss.

(25) Cfr. SCIOSCIOLI, SEBASTIÁN, *La educación como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un estado federal*, EUDEBA, Buenos Aires, 2015, ps. 366-367.

La noción de presupuestos mínimos no está exenta de dificultades interpretativas. En efecto, se podría decir que se trata de una expresión vaga, en tanto y en cuanto no queda claro su rango de aplicación (26); es decir, ¿cuál es el criterio para considerar que una norma ambiental configura un presupuesto mínimo y, por lo mismo, recae bajo la esfera de atribuciones de la legislación nacional? ¿Cuál es el límite para considerar que una norma jurídica que regula materia ambiental excede tal mínimo y se ubica en el margen de aplicación propio de la autoridad provincial? La respuesta a estos interrogantes exige un esfuerzo a cargo del intérprete, particularmente de los jueces competentes, que debe efectuarse a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática, que permita la comprensión de la extensión o alcance del derecho al acceso al agua a la luz de los valores y conceptos morales sobre los que descansa tanto la Constitución como el CCyC y, sobre todo, teniendo en vistas las finalidades a las que obedece tal derecho (27).

Así, la finalidad del derecho humano al agua potable, como toda cuestión jurídica-ambiental, se entrelaza íntimamente con la inviolabilidad de la persona humana (28). De hecho, la noción misma de derechos humanos supone que el título o factor de atribución de los derechos radica en la personeadad misma del ser humano o, si se quiere, en algunas dimensiones básicas que exige el desenvolvimiento de tal personeadad (29). Es por ello que los derechos humanos vinculados con el medio ambiente, particularmente el derecho al agua, ponen de manifiesto con toda claridad que el impacto negativo del hombre sobre el medio ambiente puede socavar las condiciones materiales más básicas y fundamentales para el desarrollo de la vida humana. Por lo tanto, como lo ha remarcado la Observación General nro. 15 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Sociales de la Naciones Unidas, “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (30). Con otras palabras, no hay vida digna alguna sin acceso al agua potable.

Esto nos pone de lleno en una de las innovaciones más significativas del CCyC: el reconocimiento de la inviolabilidad de su persona en virtud de su dignidad. Ahora bien, ¿qué significa el concepto de dignidad que recoge el CCyC? ¿Qué entienden por dignidad aquellos que comentan el CCyC? Más aún, ¿qué

(26) Para un mayor desarrollo de la noción de vaguedad del lenguaje en el campo del Derecho, cfr. HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 214. HART, H. L. A., *Problems of the Philosophy of Law*, en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 89.

(27) Cfr. CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2009, p. 115.

(28) Cfr. CAFFERATTA, *Derecho ambiental en el Código Civil...*, cit. (nro. 9), p. 8.

(29) Cfr. MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO, *Filosofía del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 102.

(30) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General nro. 15...*, cit. (nro. 7), Introducción. En un sentido similar, PINTO, MAURICIO - TORCHIA, NOELIA - LIBER, MARTÍN - GONZÁLEZ DEL SOLAR, NICOLÁS - RUIZ FREITES, SANTIAGO, *Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano...*, cit. (nro. 2), ps. 386 y ss.

significa el concepto mismo de dignidad? Son éstas algunas de las cuestiones sobre las que versará el próximo epígrafe.

III. LA DETERMINACIÓN DE LOS “PRESUPUESTOS MÍNIMOS” (I): LA DIGNIDAD COMO CLAVE INTERPRETATIVA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

A. El reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana en el Nuevo Código Civil y Comercial

La referencia a la citada Observación General descansa sobre lo que implica una *vida digna* y, por lo mismo, remite al problema del significado de la dignidad humana. En tal sentido, el CCyC introduce una novedad en lo que hace al expreso reconocimiento de la inviolabilidad de la persona humana. Más específicamente, como se observó en el cap. I de esta obra, el art. 51 establece que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” y, reforzando la garantía de su protección, el art. 52 reza: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”. Esto, como señala Andruet (h.), supuso una distinción entre dignidad y su respeto; es decir, por un lado, se reconoció la dignidad en tanto inherente al reconocimiento de los derechos humanos y, por el otro, el propio Código estableció la protección o tutela debida a tal dignidad (31). Así, el CCyC se hizo eco de un reclamo que, como indica Saux, ha sido constante y reiterado en la dogmática civilista argentina (32).

Sin embargo, es preciso destacar que las ciento cuarenta y cuatro (144) páginas de “Fundamentos del Proyecto del Código Civil” no hacen ninguna referencia a la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana. En cambio, el Anteproyecto hace una somera alusión al reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Concretamente, tal documento se limita a enunciar lo siguiente: “El capítulo [Capítulo 3, Título I, Libro Primero] se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad”. Con todo, aquí tampoco se brindan mayores precisiones sobre lo que la comisión redactora entendía por dignidad. De hecho, no se advierte ninguna cita bibliográfica o referencia a algún otro texto en que se la defina (33). En síntesis, ni en el Código, ni en los documentos que elaboró la comisión redactora, ni tampoco en la nota

(31) Cfr. ANDRUET, ARMANDO S. (h.), “Derechos y actos personalísimos. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y Personas* (2014), Mes de noviembre, p. 153.

(32) Cfr. SAUX, EDGARDO IGNACIO, “Art. 51”, en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.) - DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO - LORENZETTI, PABLO (coord.), en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 275.

(33) Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto...*, cit. (nro. 10), p. 29.

por la que el PEN remitió el Proyecto de Código Civil al Congreso de la Nación Argentina, se ha siquiera esbozado un intento por echar algo de luz sobre lo que significa la dignidad e inviolabilidad de la persona humana. Ante este silencio resulta preciso acudir a los comentaristas del nuevo código.

B. Los comentarios al reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana

Ahora bien, la noción de inviolabilidad de la persona humana, como señala el comentario al CCyC de Saux, descansa en su “dignidad”; vale decir, la dignidad configura la premisa mayor a partir de la cual se deriva el reconocimiento de su inviolabilidad (34). En efecto, según el citado Saux, el concepto de dignidad funcionaría como el criterio interpretativo a partir del que se determina la extensión y operatividad material de los distintos derechos y actos personalísimos. Más aún, distintas instituciones que regula el CCyC se encuentran limitadas por una referencia a la dignidad humana. Así, por ejemplo, el CCyC excluye como causal de nulidad matrimonial a la impotencia porque, según lo que se expresa en los fundamentos del proyecto, “atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad” (35). Otro ejemplo se puede advertir en que los actos jurídicos no deben ser, entre otras cosas, lesivos de la dignidad humana (36). Sin embargo, lo cierto es que ni el CCyC, ni en el documento en que presentan sus fundamentos, se echa algo de luz sobre el significado del concepto de dignidad.

Tampoco los comentarios al art. 51 del CCyC precisan con suficiente claridad lo que significa la dignidad humana. Un caso paradigmático de tal insuficiencia podría advertirse en el caso del extenso comentario al CCyC que dirigió Jorge Alterini, que no aborda prácticamente ninguna referencia al significado de la dignidad humana. De hecho, la única alusión que se hace a tal concepto en el comentario al art. 51 del CCyC se puede advertir en un brevísimo acápite titulado “7. Fundamento único”, cuyo contenido se reduce a estas palabras: “La doctrina argentina coincide en señalar que estos derechos tienen un fundamento único: el reconocimiento del valor central de la persona como correlato de su «dignidad»”. El resto del comentario a los arts. 51 y 52 es una extensa glosa que versa sobre múltiples disquisiciones relativas a los “derechos personalísimos” —ciertamente relevantes e interesantes—, pero que omite enteramente una conceptualización a la dignidad (37). Dicho de otro modo, el estudio de lo que significa la inviolabilidad de la persona humana y el respeto de su dignidad pareciera disolverse en el problema de los derechos personalísimos, prescindiendo de toda referencia a lo que significa la dignidad humana.

(34) Cfr. ídem.

(35) Cfr. íbid., p. 62.

(36) Cfr. íbid., p. 100.

(37) Cfr. TOBIAS, JOSÉ W., *Artículo 51*, en ALTERINI, JORGE HORACIO (dir. gral.) - ALTERINI, IGNACIO E. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 436.

Otros autores, en cambio, afirman que a las personas les son debidos los derechos personalísimos en virtud de la dignidad humana. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en los trabajos de Irene Hooft (38) y Edgardo Saux (39) en que comentan la citada norma legal. Sin embargo, ambos autores no abordan lo que significa el concepto de dignidad. En efecto, los citados autores señalan que el reconocimiento de todos los derechos reconocidos en el código se apoya sobre un mismo fundamento: el reconocimiento de la dignidad humana (40). Además, Hooft y Saux se basan en una remisión al art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos —que tiene rango constitucional en el sistema constitucional argentino—. Hooft también cita a la autoridad de constitucionalistas tales como Badeni y Herrendorf, quienes mantienen que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario en una democracia constitucional (41). Sin embargo, estas referencias tampoco arrojan mucha luz sobre el significado de dignidad que recoge Hooft. Con todo, ambos autores sostienen que de lo dicho anteriormente se seguiría el respeto de las decisiones personales, en la medida en que no afecten a terceros, ni al bien común. Más aún, la dignidad estaría indisolublemente unida al principio de autonomía personal (42). En tal orden de ideas, Saux se encarga de remarcar que la noción de dignidad que recoge el CCyC “tiene un fuerte sustrato bioético relacionado con las conductas autorreferentes”; lo que, dicho sea de paso, reenvía a diversas normas que integran el código —v.gr., disposición del propio cuerpo (art. 17), consentimiento informado para actos médicos (art. 59), directivas anticipadas (art. 60), etc.— (43).

Algunos trabajos, en cambio, esbozan precisiones relativamente mayores en torno a lo que significa la dignidad. Más en concreto, Eleonora Lamm sostiene que el respeto por la dignidad de la persona humana comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad (44). Así, con cita al fallo “Bahamondez”, la citada autor remarca que la Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina ha sostenido que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (45). Por ello, como resalta Lamm, del respeto por la dignidad de la persona humana se sigue el reconocimiento de la persona como un fin en sí mismo. De esta manera, se

(38) Cfr. HOOFT, IRENE, “Artículo 51 y 52”, en RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA (dir.) - ES-
PER, MARIANO (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014,
t. I, ps. 201-211

(39) Cfr. RIVERA, JULIO CÉSAR, Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y
Comercial, en *Pensar en Derecho* 1, (2012), p. 151.

(40) Cfr. HOOFT, cit. (nro. 38), p. 203. SAUX, cit. (nro. 33), p. 276.

(41) Cfr. *ibíd.*, p. 202.

(42) Cfr. *ídem.*

(43) Cfr. SAUX, cit. (nro. 32), p. 278.

(44) Cfr. LAMM, ELEONORA, “Artículo 51”, en HERRERA, MARISA - CARAMELO, GUSTAVO - PICASSO,
SEBASTIÁN, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 126.

(45) Cfr. *ídem.*, con cita a “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Corte Suprema de Justicia
de la Nación Argentina, sentencia del 6/4/1993.

proscribe toda consideración utilitarista de las personas. Una segunda cuestión que es preciso remarcar es que la dignidad resulta ser algo sustancial y, por lo mismo, no es un mero atributo accidental o contingente de la persona humana (46). Asimismo, también la dignidad es inalienable y, por tanto, no se puede enajenar, ni siquiera con el consentimiento del propio afectado. En otras palabras, la dignidad pertenece a la esfera de lo no negociable y, por tanto, es propia de aquello que está fuera del mercado.

C. La fundamentación de la dignidad de la persona humana en el nuevo Código

El CCyC establece que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” y, como se ha visto, se hace expresa referencia a la dignidad como límite a realización de determinados actos jurídicos en normas particulares que se hallan dispersas en todo el Código. Sin embargo, los comentarios al Código, en general, abordan tangencialmente —aunque con distintos niveles de superficialidad— la compleja tarea de determinar el significado del concepto de dignidad. Esto parece no ser propio de la doctrina civilista argentina, tal como se advierte a partir de las siguientes palabras de un célebre autor español, Javier Hervada: “(...) a la vez que se habla con profusión de la dignidad de la persona, no se suele indicar en qué consiste: parece suponerse que es algo de todos sabido, pero esto (...) dista de ser verdad” (47). De hecho, téngase presente, tal como afirma Martínez Estay, que “dignidad” es una de las expresiones más utilizadas en el derecho público contemporáneo (48). En tal sentido, parece que a partir de la constitucionalización del derecho privado argentino —que tuvo su gran impulso con la reforma constitucional del año 1994, como sostiene Rivera— (49), el CCyC también ha terminado incorporando referencias explícitas a la dignidad de la persona humana.

Ahora bien, ¿qué es la dignidad humana? La respuesta que se esbozará en esta sección del trabajo no aspira a ser radicalmente novedosa sino que, sencillamente, pretende trazar una caracterización de la dignidad que permita echar luz sobre el contenido esencial o mínimo del derecho al agua. Más en concreto, se apelará a nociones filosóficas para comprender el significado de la dignidad en el contexto del derecho humano al agua. Esto se justifica en el entendimiento de que el derecho fundamental al agua potable resulta ser una continuación o desglose necesario del reconocimiento de dignidad de la persona humana. Dicho de otro modo, no se podría afirmar el carácter digno de la

(46) Cfr. LAMM, cit. (nro. 44), p. 126.

(47) Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 2000, p. 447.

(48) Cfr. MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, “Valor de la incorporación de conceptos meta-jurídicos al lenguaje del derecho constitucional: el caso de la dignidad humana”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXII* (2001), p. 115.

(49) Cfr. RIVERA, JULIO CÉSAR, “Derecho Privado Constitucional”, en *Revista de Derecho Privado* 7 (1994), ps. 27-52.

persona humana y, a la vez, admitir que las personas pueden ser privadas de la posibilidad fáctica de acceder al consumo de agua potable, aunque más no sea en la medida mínima y necesaria para su subsistencia.

Sin pretensiones de una completa exhaustividad historiográfica, se podría afirmar con Rosen que la noción de “dignidad” se remonta hasta los comienzos de la civilización occidental (50). Entonces, en la antigua Roma, la dignidad suponía adscribir a los individuos en un elevado estatus dentro de un particular orden social. Sin embargo, los textos de Cicerón, por ejemplo, presentan ambigüedades en este punto. Según Rosen, esto se debe a que en ocasiones Cicerón usaba la expresión “dignidad” para significar algo semejante a “honor” o “lugar honorífico” y, en otras parte de su obra, concretamente en escritos tales como *De Officiis*, se afirma que la dignidad de los seres humanos radica en qué estos son humanos y no animales (51). Con otras palabras, ya en los textos de Cicerón se advierte que el concepto de dignidad refiere a cualidades inherentes que son específicas de todo individuo de la especie humana.

Más allá de las discusiones en torno al origen histórico del concepto de dignidad, lo cierto es que éste actualmente configura un ejemplo paradigmático de un “concepto esencialmente controvertido”, por usar la mentada expresión de Gallie (52). En efecto, resulta particularmente discutida la conexión que existe entre el discurso y práctica de los derechos humanos y la noción de dignidad. Siguiendo la síntesis proporcionada por Michael, las posiciones comprenden desde a): quienes afirman que la dignidad es el pilar fundamental sobre el cual descansan los derechos humanos; pasando por b) quienes piensan que la dignidad es un derecho en sí mismo que no tiene un carácter más fundamental o básico que el resto de los derechos humanos. Finalmente, c) se puede apreciar una posición escéptica en la que se inscriben quienes cuestionan severamente el sentido de seguir hablando de la dignidad porque se trataría de una noción subjetiva o, más aún, se trataría de un concepto vacío y, por lo mismo, carente de toda clase de significado relevante (53). Entre quienes se encuentran en esta última posición cabría mencionar a Ruth Macklin y el trabajo escrito en coautoría de Mirko Bagaric & James Allan, por citar solo unos pocos ejemplos (54).

Habiendo rechazado tal postura radicalmente escéptica, la dignidad puede ser definida de diversos modos pero complementarios, como señala Michael, quien propone dos categorías: una noción de “dignidad como inherente” (DI)

(50) Cfr. ROSEN, MICHAEL, *Dignity: Its History and Meaning*, Harvard University Press, Cambridge-EE.UU., 2012, ps. 11-12.

(51) Cfr. *ibíd.*, p. 12.

(52) Cfr. GALLIE, W. B., “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1955-1956), ps. 167-198.

(53) Cfr. MICHAEL, Lucy, “Defining Dignity and Its Place in Human Rights”, en *The New Bioethics* 20 (2014) 1, p. 12.

(54) Cfr. MACKLIN, RUTH, “Dignity is a useless concept: It means no more than respect for persons or their autonomy”, en *British Medical Journal* 327 (2003), ps. 1419-1420. BAGARIC, MIRKO - ALLAN, JAMES, “The Vacuous Concept of Dignity”, en *Journal of Human Rights* 5 (2006) 2, ps. 257-270.

y una “dignidad no inherente” (DNI) (55). La dignidad inherente refiere a una cualidad de valor o estima que le pertenece igualmente a todo ser humano y que, sobre todo, se caracteriza por ser permanente, incondicionada, indivisible e inviolable (56). Respecto de la DI, como señala Hervada, su hito fundacional se remontaría al pensamiento kantiano, en el que la dignidad es algo absoluto e inmanente, solo determinada por la autonomía de la conciencia (57). Esta afirmación ha sido cuestionada por Rabbi-Baldi Cabanillas, quien advierte que la noción de dignidad inherente a todo miembro de la especie humana ya había sido tratada detenidamente en el pensamiento de Giovanni Pico della Mirandola (Siglo XV) y, más aún, en la obra del célebre Tomás de Aquino (Siglo XIII) (58). Dicho de otra manera, la dignidad de la persona humana habría tenido un fecundo desarrollo filosófico-teológico desde el Medioevo.

Dejando de lado a las discusiones en torno al punto de origen histórico de la concepción filosófica que entiende a la dignidad como inherente a todo ser humano, Hervada sostiene que la dignidad supone la absoluta e inmanente eminencia del ser humano, con las consiguientes notas de libertad y dominio de sí mismo absolutos, de los que derivan los derechos y las libertades —también absolutos— inherentes a tal dignidad. Así, la dignidad no le es atribuida externamente a la persona sino que ella expresa la excelencia constitutiva o intrínseca de su propio ser. En consecuencia, la dignidad humana es absoluta —no en el sentido en que no pueda ser fácticamente limitada sino que, bajo ninguna circunstancia, *debe ser limitada*—; esto es, el respeto a la dignidad no admite excepción alguna, bajo ninguna clase de circunstancia y, por ende, jamás puede justificarse que los individuos humanos sean enteramente instrumentalizados o relativizados (59). Por consiguiente, la dignidad remite a una valía interior que corresponde a lo que es fin en sí mismo por antonomasia y no un mero medio para lograr otra cosa (60).

La dignidad no inherente —en adelante: DNI—, en cambio, remite a una visión que la entiende como una cualidad adquirida que, por ende, admite una condición variable. Más aún, la dignidad resultaría ser contingente en tanto de-

(55) Cfr. MICHAEL, cit. (nro. 53), p. 13. De un modo semejante a la sistematización de Michael, Hoyos Castañeda propuso una plausible interpretación del pensamiento iusfilosófico de Javier Hervada en el que se complementarían la dimensión no inherente con la faz inherente de la dignidad de la persona humana. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA MYRIAM, “La dignidad humana”, en RIVAS, PEDRO (ed.) *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, ARA editores, Lima, 2005, ps. 96-97.

(56) Cfr. MICHAEL, cit. (nro. 53), p. 13.

(57) Cfr. HERVADA, cit. (nro. 47), p. 447.

(58) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del Derecho*, 4ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016, ps. 60-63.

(59) Esta absolutidad remite al carácter inexceptionable de la no instrumentalización de la dignidad humana. Sobre este sentido de inexceptionabilidad, en el contexto más amplio de las normas morales absolutas, FINNIS, JOHN, *Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 1991, ps. 3 y ss.

(60) Cfr. HERVADA, cit. (nro. 47), p. 447. SPAEMANN, ROBERT, Sobre el concepto de dignidad humana, trad. DANIEL INNERARITY, en *Persona y Derecho* 19 (1988), p. 20.

pende de las circunstancias y la conducta de las personas (61). Se podría decir, en efecto, que la dignidad es una cualidad contingente o accidental de las personas. Existen diversas posiciones que podrían agruparse dentro de esta concepción. En cualquier caso, siguiendo la categorización de Michael, la dignidad sería atribuida; esto es, la dignidad consiste en una valía que se asigna a personas individuales o a grupos. Pero, lo que es más importante aún, esta dignidad admitiría diversos grados según cada persona —por lo mismo, algunas personas serían más dignas que otras—. Además, así como se adquiere, también sería posible llegar a perder enteramente la dignidad (62).

Una segunda acepción de la DNI es aquella que Michael designa como *dignidad sustantiva*. Esta categoría remite a lo que los individuos y la sociedad valoran como digno. Así, la dignidad pasa a ser definida en base a criterios culturales compartidos o convencionales sobre lo que es una vida digna. Más concretamente, dignidad sustantiva suele asociarse con acceso a bienes económicos o sociales —tales como la educación o la salud— que posibiliten una subsistencia mínima. Como señala Michael, esta concepción sustantiva no implica una noción universal de dignidad porque variaría de sociedad en sociedad, de persona a persona y, además, se trataría de una dignidad que podría ser perdida o ganada, en todo o en parte (63).

La novedad del planteo hervadiano en lo que hace a la conceptualización de la dignidad radica en que, como señala Hoyos, posibilitaría articular las concepciones de la dignidad inherente y no inherente que sistematiza Michael. Así podrían integrarse una concepción de la dignidad ontológica o inherente; esto es, aquella que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, con una dignidad no inherente, que remite a aspectos o dimensiones que se encuentran en vías de realización (64). Esta última dimensión se trata, en efecto, de una cualidad del hombre concreto que todos poseen pero que al mismo tiempo cada quien puede adquirir en distintas medidas. De esta manera, la DNI resultaría un complemento que se articula a la concretización de la dignidad inherente a todo ser humano. En efecto, la idea de que la dignidad ha de ganarse progresivamente ayuda a poner de manifiesto un aspecto que la idea de DI puede opacar o soslayar; esto es, que la dignidad admite un grado de desarrollo en la existencia concreta de las personas.

Con todo, esta idea de complementación, tal como se la presenta en este trabajo, presupone un cierto orden de prioridad. En concreto, la dignidad inherente se antepone a la no inherente o, lo que es lo mismo, la idea de que la dignidad se va actualizando o realizando en las personas parte necesariamente del reconocimiento de un valor intrínseco, innato, indisponible, no instrumentalizable de todo individuo de la especie humana. En otras palabras, la dignidad resulta inherente a todos los individuos pero ello no implica negar que aquella vaya manifestándose progresivamente, en diferentes medidas,

(61) Cfr. MICHAEL, cit. (nro. 53), p. 21.

(62) Cfr. ídem.

(63) Cfr. íbid., p. 22.

(64) Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, cit. (nro. 55), p. 104.

en la existencia concreta y particular de cada persona. Esto guarda una estrecha relación con que la función principal de los derechos humanos radica en “amurallar” a la dignidad inherente, como afirma Garzón Valdés, para así tornar inexorablemente injustificada su lesión; tanto por la no satisfacción de los derechos humanos negativos como por el no cumplimiento de los derechos humanos positivos (65).

IV. LA DETERMINACIÓN DE LOS “PRESUPUESTOS MÍNIMOS” (II): LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El reconocimiento legal de los derechos de incidencia colectiva ha sido enunciado en el art. 14 del CCyC. El anteproyecto del Código preveía una triple clasificación de los derechos: 1) derechos individuales; 2) “derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”; 3) Derechos incidencia colectiva.

Esta triple clasificación fue previamente sistematizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [en adelante: CSJN]. Más específicamente, en el célebre caso “Halabi” (66) y, más recientemente, en “PADEC” (67). Así, en primer lugar, la CSJN sostuvo en “Halabi” que existen los llamados derechos individuales no homogéneos (68). Estos derechos son ejercidos por su titular, por más que concurra la circunstancia de una multiplicidad de personas involucradas. En tales casos se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o bien supuestos que encajan dentro de un litisconsorcio activo o pasivo, derivado de una pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien de una representación plural (69). La acción típica de amparo individual —consagrada pretorianamente en “Siri” (70) y “Kot” (71)— se encuentra destinada a la protección de derechos divisibles, no homogéneos, de cara a la reparación de un daño centralmente individualizado y específico de cada uno de los afectados (72).

(65) Cfr. GARZÓN VALDÉS, cit. (nro. 14), p. 15.

(66) Cfr. CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/2/2009 [En adelante: “Halabi”].

(67) Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “PADEC c/ Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21/8/2013, consid. nros. 9-10.

(68) Cfr. “Halabi”, consid. nro. 10, § 1.

(69) Cfr. ídem.

(70) Cfr. CSJN, “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, sentencia del 27/12/1957. Disponible en línea: <http://www.csjn.gov.ar/data/habeascorpus.pdf> (última visita: 9/3/2016).

(71) Cfr. CSJN, “Kot Samuel SRL s/ Recurso de Hábeas Corpus”, sentencia del 5/9/1958. Disponible en línea: <http://www.csjn.gov.ar/data/habeascorpus.pdf> (última visita: 9/3/2016).

(72) Cfr. “Halabi”, consid. nro. 10, § 2.

En segundo término, se ubican los derechos de incidencia colectiva —en sentido estricto—. Estos derechos tienen por objeto un bien colectivo; esto es, que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo ninguna clase de exclusión (73). Más aún, la propia Corte señala al medio ambiente como un ejemplo típico de esta clase de bienes colectivos. Así, estos bienes colectivos “no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles de modo alguno” (74). En consecuencia, las pretensiones que versan sobre estos derechos se han de centrar exclusivamente sobre la incidencia en algún bien colectivo (75). Con todo, esto no obsta a que esa afectación a un bien colectivo pueda repercutir particular e individualmente sobre el patrimonio de una persona (76). Dicho de otra manera, los derechos de incidencia colectiva versan sobre bienes cuya titularidad es atribuida a la comunidad pero eso no obsta a que se deriven daños individuales como consecuencia de una afectación a un bien colectivo como, por ejemplo, el medio ambiente.

En tercer lugar, se ubican los derechos individuales homogéneos. La CSJN sostiene en “Halabi” que esta clase de derechos se derivan de las afectaciones a bienes colectivos como podría ser el medio ambiente (77). Sin embargo, la nota específica de estos derechos es que, además, implican afectaciones de “derechos individuales enteramente divisibles” (78). Más en concreto, hay un hecho —único o continuado— que provoca una lesión a un grupo de personas. Así, los derechos individuales homogéneos presuponen una misma causa del daño pero afectaciones particulares al patrimonio de cada persona (79). Dicho de otro modo, en ambas clases de procesos se pretende mostrar la misma causa de origen del daño común. La diferencia estriba en la necesidad de individualizar las consecuencias patrimoniales que se sigue de esa misma causa fáctica del daño.

Ahora bien, el PEN suprimió de la redacción definitiva a la segunda categoría de derechos individuales sin ofrecer ningún tipo de justificación o argumento (80). Las múltiples dificultades procesales que esto implicaría para las demandas colectivas es algo que excede al objeto del presente trabajo. De hecho, la eliminación de la triple categorización, parece reavivar una discusión en la doctrina procesalista argentina, cuyo punto máximo de ebullición se sigue de la reforma constitucional que introdujo la posibilidad de interponer acción de amparo frente a afectaciones de “derechos de incidencia colectiva”. En concreto, como señala Azar, la doctrina se habría dividido en dos grandes líneas. De un lado, se encuentra la posición que entiende que los derechos de incidencia colectiva comprenden exclusivamente a intereses de carácter indi-

(73) Cfr. *ibíd.*, consid. nro. 11, § 3.

(74) Cfr. *ídem.*

(75) Cfr. *ibíd.*, consid. nro. 11, § 4.

(76) Cfr. *ídem.*

(77) Cfr. *ibíd.*, consid. nro. 12, § 1.

(78) Cfr. *ibíd.*, consid. nro. 12, § 2.

(79) Cfr. *ídem.*

(80) Cfr. *Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional...*, cit., (nro. 11), ps. 2-3.

visible y, del otro, una parte de la doctrina que estima que tales derechos también incluyen intereses divisibles e individualmente homogéneos (81).

Esto último, en efecto, pareciera incorporar al criterio de divisibilidad del daño como pauta decisiva para la identificación de los derechos de incidencia colectiva. Así, siguiendo a Gidi, el origen del daño colectivo podría indicar la pauta diferenciadora de las distintas clases de derechos supraindividuales (82). Por un lado, la titularidad de los derechos de incidencia colectiva propiamente dichos se atribuye no en razón de una relación jurídica previa que vincula a las partes —v.gr., un contrato de adhesión a un servicio de tarjeta de crédito— sino en virtud de las meras circunstancias de hecho (83). Con otras palabras, los derechos colectivos, a diferencia de los individuales homogéneos, suponen que los titulares del derecho están ligados en virtud de una relación jurídica de carácter que mantienen entre sí y la parte demandada. En tal orden de ideas, como señala Azar y Giannini, la divisibilidad de los derechos habría pasado a ser el criterio distintivo para diferenciar a los intereses colectivos respecto de aquellos otros que se podría denominar, siguiendo la doctrina y la legislación brasileña, derechos individuales homogéneos (84); esto es, derechos que son susceptibles de una afectación colectiva pero cuyo origen se debe a una misma causa.

Situados en este contexto de ideas, la exclusión de la distinción entre derechos de incidencia colectiva y derechos individuales en el CCyC, podría obedecer a dos razones: o bien se consideró que los últimos estaban implicados o comprendidos dentro de los primeros (85), o bien se pretendió restringir la tutela judicial de lesiones plurales de origen común pero de naturaleza divisible (86). Cualquiera sea la intencionalidad política sobre la que descansa la exclusión de tales derechos, lo cierto es que la eliminación de la mencionada triple clasificación no facilita la protección jurisdiccional de derechos que han sido lesionados colectivamente, a partir de una misma causa de origen, pero cuyo daño puede afectar de modos particulares a un grupo de personas. Esto sin lugar a dudas tiene amplias consecuencias negativas para afectaciones generalizadas de derechos que se originan por obligaciones contractuales que se

(81) Cfr. AZAR, M. JOSÉ, “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión”, en *Revista Derecho Privado* 1 (2012) 2, p. 246. Disponible en línea: <http://www.infojus.gob.ar/maria-jose-azar-derechos-incidencia-colectiva-proyecto-codigo-civil-comercial-nacion-dacf120184/123456789-0abc-defg4810-21fcanirtcod>. [Última visita: 9/2/2016].

(82) Cfr. GIDI, ANTONIO, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en GIDI, ANTONIO - FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª ed., México DF, Porrúa, 2004, p. 31.

(83) Cfr. GIDI, cit. (nro. 82), p. 31.

(84) Cfr. AZAR, cit. (nro. 81), p. 246. GIANNINI, LEANDRO J., “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)”, en *Revista La Ley. Suplemento Doctrina Judicial* (5/9/2012), ps. 89 y ss.

(85) Cfr. GIANNINI, cit. (nro. 84), ps. 89 y ss.

(86) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO - SOLÁ, ERNESTO, *Artículo 14*, cit. (nro. 38), p. 46.

siguen de un contrato de adhesión —v.gr., las modificaciones intempestivas de las cláusulas del contrato de adhesión de un servicio de telefonía celular—.

Con todo, las consecuencias de incluir una mera doble distinción entre derechos individuales y derecho de incidencia colectiva, a mi modo de ver, no repercuten significativamente para el caso de la tutela de bienes colectivos de naturaleza indivisible tales como el medio ambiente —en general— y todos los bienes que se derivan de él como, por caso, el acceso al agua potable —en particular—. Esto se debe a dos consideraciones: 1) a pesar de la exclusión de los derechos individuales homogéneos del texto del CCyC, éstos podrían subsumirse, reconducirse o derivarse de la categoría de derechos de incidencia colectiva en sentido estricto; 2) los bienes ambientales como, por ejemplo, el agua son de naturaleza eminentemente colectiva y, por tanto, se subsumen en la categoría de derechos de incidencia colectiva. Son bienes que corresponden a la entera comunidad globalmente considerada y, por ende, pertenecen simultáneamente a todos sus miembros, pero a ningún individuo de modo exclusivo.

Los derechos individuales homogéneos resultarían ser una subespecie de los derechos de incidencia colectiva *strictu sensu* y, por lo mismo, no se trataría de categorías mutuamente excluyentes sino complementarias (87). De hecho, como señala la Corte en “Halabi”, se trata de afectaciones a derechos personales o patrimoniales que se originan a partir de una lesión a un bien colectivo como podría ser el medio ambiente (88). Por tanto, se podría decir que los derechos individuales homogéneos suponen afectaciones divisibles de un daño cuya causa depende de una lesión a un bien indivisible cuya titularidad no es atribuible a nadie en particular sino a la comunidad en conjunto.

Así, la exclusión de esta última clase derechos individuales del texto del Código Civil no imposibilita que la legislación procesal establezca vías idóneas para su tutela. En concreto, como indica la Corte Suprema, sería deseable que el Poder Legislativo establezca criterios para identificar cuando existe una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer tal tipo de acciones colectivas, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación activa corresponde exclusivamente a un solo miembro de la clase o también a organismos públicos y asociaciones, las exigencias de publicidad de estos procesos, cómo y desde cuándo hacer efectivos los resultados del proceso, etc. (89).

En lo que atañe más específicamente a este trabajo, cabe tener presente que las afectaciones al derecho al acceso al agua potable poseen una dimen-

(87) Cfr. GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (art. 14), en línea: <http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/los-derechos-individuales-y-de-incidencia-colectiva-en-el-codigo-civil-y-comercial-art.-14> [última visita: 10-02-2016], p. 21

(88) Cfr. “Halabi”, consid. 11. CAFFERATTA, cit. (nro. 9). En un orden de ideas similar, el Papa Francisco ha dicho que “el clima es un bien común, de todos y para todos.” *Laudato Si*, capítulo I, § 23. En línea: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html [última visita: 10/2/2016].

(89) Cfr. “Halabi”, consid. 12, § 2.

sión individual homogénea y de incidencia colectiva propiamente dicha. El nivel colectivo implica un objeto de naturaleza indivisible y de uso común como cuando, por ejemplo, se reclama colectivamente por la tutela ambiental ante una contaminación de un río que provee de agua a toda la población de una o varias localidades. Entre tales bienes colectivos se destaca, como se ha dicho, el medioambiente (90). Un punto que refuerza lo anterior se puede apreciar en las limitaciones a los derechos individuales que enuncia el art. 240. Esta norma, en efecto, parece poner de relieve que los derechos de incidencia colectiva que reconoce el código se orientan centralmente a la protección de bienes colectivos que se caracterizan por ser indivisibles y de uso común (91). De hecho, el mencionado art. 240 establece que el ejercicio de los derechos individuales “(...) no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Por ello, los derechos ambientales se atribuyen a intereses plurales de carácter indiferenciado, impersonal y se refieren objetivamente a bienes indivisibles.

Con todo, la acción colectiva dirigida a restablecer un suministro de agua potable también puede conllevar una afectación individualizada del citado derecho (92). En concreto, podría verse lesionado el derecho a ejercer una industria lícita producto de la contaminación de un curso fluvial y, por lo mismo, podría agregarse un daño individual y específico que resulta ser una consecuencia de una afectación colectiva al agua como, por ejemplo, a los recursos hídricos de la ciudad entera. En consecuencia, la afectación del derecho al agua tiene un aspecto de incidencia colectiva pero del que también se puede seguir un interés individual homogéneo. Esto no implica negar que se puedan advertir tensiones concretas entre derechos individuales no homogéneos —v.gr., el derecho a la propiedad o derecho de ejercer industria lícita— y derechos de incidencia colectiva como aquellos que afectan al medio ambiente. Ante ello, es preciso diseñar mecanismos armonizadores entre el ejercicio de esa clase de derechos individuales y bienes colectivos tales como el agua, cuyo uso indiscriminado puede proyectar efectos colectivos y, por lo mismo, a derechos individuales homogéneos.

Así, los derechos individuales exigen ser ejercidos sobre la base de la cantidad y calidad de bienes colectivos disponibles, con el objetivo social de lograr la mentada sustentabilidad ambiental (93). De esta manera, no se busca hacer prevalecer a la colectividad sobre el individuo, ni al revés. Antes bien, la solución armonizadora pretende mantener el lugar central de la comunidad pero en la medida en que se asegure y respete la inviolable dignidad de la persona

(90) Cfr. *ibid.*, consid. 11. CAFFERATTA, cit. (nro. 9), p. 273. En un orden de ideas similar, el Papa Francisco ha dicho que “el clima es un bien común, de todos y para todos” *Laudato Si*, capítulo I, § 23. Disponible en línea: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html [última visita: 10/2/2016].

(91) Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto...*, cit. (nro. 10), p. 65.

(92) Cfr. GIDI, cit. (nro. 82), p. 31.

(93) Cfr. CAFFERATTA, cit. (nro. 9), ps. 273 y ss.

humana; esto es, en tanto y en cuanto se considera al hombre centro y fin de todas las normas que integran el sistema jurídico (94). Prosiguiendo con la cita del caso “Bahamondez”, “el respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (95).

V. CONCLUSIONES

Si bien el reconocimiento a un derecho fundamental al agua potable fue excluido del texto definitivo del CCyC, ello no obsta a que éste haya sido incorporado implícitamente al nuevo ordenamiento civil. Esto se justifica en el hecho de que la propia sistemática del CCyC incorpora distintos elementos en lo que se apoyaría el reconocimiento implícito de un derecho personalísimo o derecho fundamental al agua potable. Más en concreto, tanto del expreso reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana como de la inclusión de los derechos de incidencia colectiva, se sigue necesariamente la atribución de un título jurídico a un acceso al agua potable que permita, como mínimo, posibilitar el desarrollo de las personas. Con otras palabras, no sería posible reconocer los derechos de incidencia colectiva y la inviolabilidad de la persona humana y, al mismo tiempo, negar la facultad jurídica para que cualquier persona sea capaz de acceder al agua potable; ya sea por medio de acciones judiciales colectivas o bien individuales.

(94) Cfr. “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, cit., (nro. 45), consid. nro. 12.

(95) Cfr. ídem.

CAPÍTULO V

LA CONFIGURACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. REFLEXIONES DESDE LA DIMENSIÓN AMBIENTAL Y DESDE LOS DERECHOS BIOCULTURALES

Por Luciana Abreu

I. OBJETO

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar acerca de las implicancias ambientales en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la configuración del derecho de propiedad de las comunidades indígenas (1).

El “ambiente”, en efecto, constituye un bien jurídicamente protegido sobre el cual el derecho de fondo legislado en el Nuevo Código remite a fuentes constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos como marco teórico interpretativo en los casos en que rige dicho Digesto (2).

La referencia a nuestra norma fundamental se vincula con el creciente proceso de constitucionalización del derecho en su conjunto, y en el Nuevo Código, y aporta un nuevo modo de comprender el Derecho Privado, en tanto las normas civiles aplicables a sus casos deben ser de conformidad con la Constitución Nacional, tal y como se hace mención expresa en el artículo primero del Nuevo

(1) Al respecto, se ha dicho que “se trata de un Nuevo Código Civil, con un nuevo enfoque y que modifica profundamente el vigente. Pondera la costumbre, asume la interculturalidad, consagra derechos de incidencia colectivos, integra derechos humanos, versa sobre derecho privado, pero también sobre elementos del derecho público, (...) y también incorpora los elementos centrales que reconoce la Constitución Nacional a las comunidades indígenas” (Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS. Informe elevado a la Dirección General de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Comunicación de los Procedimientos especiales Carta de Alegaciones al *Indigenous* [2001-8] ARG 3/2012. En: [https://spdb.ohchr.org/hrdb/22nd/Argentina_16.01.13_\[3.2012\].pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/22nd/Argentina_16.01.13_[3.2012].pdf) [2/12/15]).

(2) CAFFERATTA, NÉSTOR, “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, nro. 273, La Ley, Buenos Aires, noviembre, 2014, p. 1, señala que “la legislación unificada de Derecho Privado es de gran utilidad en la defensa del ambiente, en tanto y en cuanto el Derecho Ambiental tiene base constitucional en nuestro sistema jurídico (...). Además, la referencia a los tratados es de notable importancia para esta novísima disciplina, toda vez que el Derecho Internacional Ambiental es uno de los motores del desarrollo de la especialidad”.

Código (3). Ello implica no sólo considerar la clásica cuestión de la jerarquía normativa que da coherencia interna al ordenamiento jurídico, sino que también implica otorgar un marco que contemple el rediseño de las estructuras jurídicas, teniendo en consideración las prácticas sociales y culturales vigentes (4). Respecto de los tratados de derechos humanos, debe señalarse que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con la reforma de 1994, eleva a jerarquía constitucional diez instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, e incorpora, posteriormente, con similar rango, dos convenciones sobre la materia (5). De este modo, se reconoce la fuerza normativa de la Constitución (6), constituyendo un avance significativo en favor de la protección ambiental, dada la base constitucional del Derecho Ambiental expresada en el art. 41 de nuestra norma fundamental (7).

El Derecho Ambiental se nutre entonces de una pluralidad de fuentes, las que se encuentran en el Código Civil y, por sus especiales características, se lo ha normado también en leyes especiales que suelen contener normas de otras ramas del derecho, y leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental (8).

Pues bien; en este trabajo en primer lugar se hará un análisis respecto de los derechos de los pueblos indígenas en la Argentina hasta la consagración constitucional de los mismos, que reconoció su preexistencia étnica y cultural con la reforma de 1994.

Posteriormente, se analizarán los fundamentos valorativos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial vinculados con la temática indígena. Se hará también una referencia a los debates doctrinarios en torno a cómo fue inicialmente concebida la propiedad comunitaria bajo la categoría de derecho real y su posterior eliminación, con las consecuencias que ello implica.

(3) RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, "Comentario al Título Preliminar", en MEDINA - RIVERA (dirs.) - ESPER, MARIANO (coord.), *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 33-64.

(4) PERETTI, ENRIQUE, "Ambiente y Propiedad en el Nuevo Código Civil", en *Ambiente y Propiedad*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, ps. 161-165.

(5) RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 3, p. 15 señala que "debe recordarse que la relevancia de los convenios internacionales fue materia de interés para el constituyente originario, según el alcance que les otorga el art. 31, mediante su reconocimiento como normas superiores a las leyes internas. Con la reforma de 1994, debe señalarse que existe la siguiente prelación normativa: i) los Tratados son superiores a las leyes, ii) algunos tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional, iii) los tratados de derechos humanos (tengan o no rango constitucional) según el art. 1º del Nuevo Código Civil y Comercial son fuentes de derecho de conformidad con las cuales deben interpretarse las leyes civiles en los casos contenciosos".

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (en CAFFERATTA, nota 2, p. 3) expresa que "es muy importante el Título Preliminar, que dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos; por lo tanto, ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales".

(7) *Ibíd.*, p. 2.

(8) VALLS, MARIO, *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 78.

En este sentido, cabe señalar la innovación que significó incorporar en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, la propiedad comunitaria indígena. Inicialmente receptada en el Libro Cuarto de los Derechos Reales, Título V, fue finalmente eliminada de la categoría de derecho real. Amén de su supresión como derecho real, su mención en el art. 18 no resulta menor pues, como rezan los Fundamentos del Código (III, 3), éste no tiene pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, sino que se orienta a ser una línea de base como sistema abierto que requiere de un trabajo permanente (9).

A pesar de su eliminación en el Nuevo Código, resulta de interés analizar, en primer lugar, los argumentos contrapuestos y discusiones que se generaron tras su incorporación como derecho real en el Anteproyecto del Código y, en segundo término, los criterios aplicados para su posterior mención en el art. 18 del Título Preliminar.

En tercer lugar, se hará referencia al marco teórico que permite comprender el sentido y alcance de la propiedad comunitaria indígena, y que la conectan con la cuestión ambiental.

La razón de considerar a la propiedad comunitaria indígena desde una dimensión ambiental radica en la especial conexión de los pueblos indígenas con su territorio y justifica su tratamiento desde esa perspectiva. La propiedad comunitaria indígena, entonces, como se analizará a lo largo de este trabajo, posee una dimensión ambiental debido a la especial relación de las comunidades indígenas con su tierra, con lo cual ese nivel de complejidad debe comprenderse bajo la categoría de derecho biocultural en relación al territorio para, de este modo, aun con matices y diferencias, aplicar un marco teórico como guía para conceptualizar las diferentes categorías, variables y factores que configuran el universo conceptual de los pueblos indígenas y que aseguren un efectivo derecho de propiedad comunitario para ellos.

II. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El proceso de colonización en la Argentina durante el siglo XIX y la serie de campañas militares dieron lugar a diferentes modos de vinculación del hombre europeo para con los pueblos indígenas que vivían en la Argentina. La política del Gobierno hacia los pueblos indígenas osciló en una dinámica entre la exclusión y la asimilación hasta finales del siglo XX. En este sentido, hasta el año 1994, la Constitución Argentina seguía asignando al Congreso Nacional, la responsabilidad de “conservar el trato pacífico de los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”, reseñada en el anterior art. 67, inc. 15 (10).

(9) RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 3, p. 64.

(10) Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ANAYA, JAMES: “La situación de los pueblos indígenas en Argentina”, Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, Asamblea General de Naciones Unidas. (A/HRC/21/47/Add.2). En: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DEFINITIVO-ARGENTINA.pdf> (10/10/15).

En materia de protección de derechos de los pueblos indígenas, la expresa consagración constitucional en materia de preexistencia étnica y cultural, luego de la reforma de 1994, representa una reparación histórica que contribuye a su memoria y actualización permanente, dada la actual presencia de estas comunidades (11). Teniendo en cuenta datos estadísticos del Censo Nacional de 2010, se contabilizó que la población total de indígenas, descendientes de pueblos indígenas u originarios, ascendía a 955.032, cifra que no resulta menor para ponderar la presencia y rol de estas comunidades (12).

La reforma constitucional de 1994, consagra el reconocimiento de los pueblos indígenas argentinos en calidad de sujetos en condiciones plenas de igualdad y libertad, bajo la amalgama conceptual de pluralismo jurídico, étnico y cultural, reconociendo su preexistencia como sujetos de derechos, en procura del logro de una igualdad sustancial (13).

El art. 75, inc. 17 (14) de la Constitución Nacional, establece entre las facultades del Congreso, la de:

(11) "A pesar de estos hechos históricos, los pueblos indígenas de la Argentina todavía representan una gran diversidad e incluyen a los siguientes pueblos: atacama, ava guaraní, aymara, chané, charrúa, chorote, chulupi, comechingón, diaguita/diaguita calchaquí, guaraní, huarpe, kolla, lule, mapuche, mbyá guaraní, mocoví, omaguaca, ona, pampa, pilagá, quechua, querandi, rankulche, sanavirón, tapiete, tehuelche, toba, tonocote, tupí guaraní, y wichí. Los pueblos indígenas que tienen mayor población en la Argentina son los pueblos mapuche (la Patagonia), kolla (Jujuy y Salta), toba (Chaco, Formosa y Santa Fe) y wichí (Chaco, Formosa y Salta)". Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ANAYA, JAMES: "La situación de los pueblos indígenas en Argentina"; p. 2; Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones; Asamblea General de Naciones Unidas. (A/HRC/21/47/Add.2). En: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DEFINITIVO-ARGENTINA.pdf> (10/10/15).

(12) INDEC, "Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Población indígena o descendiente de pueblos indígenas u originarios en viviendas particulares por sexo, según edad en años simples y grupo quinquenal" http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=24&id_tema_3=85.

(13) La Reforma de 1994 cristalizó los debates acerca de la necesidad de consagración constitucional respecto de la preexistencia de los pueblos indígenas. Respecto de la garantía étnica y cultural de los pueblos indígenas, en palabras de Figueroa, convencional constituyente, se señala: "Siendo la Argentina un país pluriétnico y pluricultural, deviene necesario establecer reconocimiento constitucional a la protección del aborigen. Existe una obligación moral por parte del Estado del reconocimiento de la identidad del indígena como grupo social autónomo. La sociedad debe respetar sus costumbres, tradiciones, creencias, artes y organización social; asimismo debe aprender a respetarlo y a comprenderlo. Si conocemos su pasado, comprenderemos mejor su presente y es probable que podamos proyectar juntos con ellos sobre su futuro. Es cierto quizás que éste sea un trabajo más para antropólogos que para hombres de derecho. Sin embargo su integración al medio va a depender del esfuerzo que hagamos todos como miembros de la sociedad, en comprender y descubrir sus peculiaridades". En: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/convenciones/descargarInsImp/32> (7/9/15).

(14) CAFFERATTA, nota 2, p. 24 escribe que "El art. 75, inc. 17 CN se completa con diversas normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así podemos citar la 'Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial' de 1967, aprobada por ley 17.722/68, basada en motivos étnicos; el art. 27 del 'Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos' de 1966, a su vez ley 23.313/86, referidos a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas; y la 'Convención de los Derechos del Niño' de 1989, aprobada en la Argentina por ley 23.849/90, art. 30, en los que se incluye la fórmula minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen 'indígena'".

“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Los derechos de las comunidades indígenas pueden en consecuencia desagregarse desde una perspectiva múltiple (15).

Resulta de interés ponderar el alcance de este precepto, en tanto este reconocimiento se orienta a reparar el hecho de que la obediencia al derecho resulta problemática para las minorías que han sufrido perjuicios y segregaciones prolongadas. Siguiendo la línea de John Rawls, el autor señala que “en un Estado próximo a la Justicia, existe normalmente el deber (y para algunos, también la obligación) de obedecer las leyes injustas mientras no excedan ciertos grados de injusticia” (16). Por ello, cuando la norma fundamental de un sistema jurídico, como nuestra Constitución Nacional, le otorga reconocimiento a la existencia de un grupo históricamente postergado, puede contribuir a descomprimir tensiones provenientes de normas y leyes de rango inferior cuyo contenido implique una gravosa carga que, de este modo, no pasarán el test de constitucionalidad, y en la que la remisión expresa a esa norma fundamental puede llenar vacíos normativos ante ciertas situaciones de potencial conflicto. De este modo se explica la importancia de esta consagración constitucional que otorga un alivio a los grupos vulnerables, lo que no excluye la operatividad de dichas cláusulas y la necesidad de creación de normas de rango inferior que faciliten la protección de sus derechos.

Amén de la consagración constitucional del derecho de los pueblos indígenas, debe recordarse que el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tuvo su inicio en regulaciones provinciales. (17)

(15) Pueden identificarse: i) el Derecho a garantizar su identidad étnica, histórica y cultural; ii) derecho a transmitir sus conocimientos ancestrales y actuales, desde una perspectiva que incluya la educación bilingüe e intercultural, iii) derecho a poseer personería jurídica de la comunidad indígena en cuanto tal, iv) derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que habitan desde antaño, v) derecho al arraigo, que se expresa en el hecho de la inembargabilidad de su territorio, vi) derecho de acceso a tierras aptas para su desarrollo humano, vii) derecho a un rol activo en la gestión de los recursos naturales.

(16) Estas situaciones implican un grado de complejidad problemático cuando las “cargas” que deben soportar los miembros de una comunidad para el logro de una convivencia pacífica, tengan lugar en contextos desfavorables para comunidades altamente vulnerables. Ello implica entonces un exceso de esos parámetros de tolerancia difícil de sobrellevar, como señala RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 350.

(17) BONAVERI, AGUSTÍN, “El desarrollo sustentable y los pueblos indígenas argentinos a la luz de la Constitución Nacional”, en ACOSTA, GUSTAVO (comp.), *Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2015, p. 68, expresa que “En el año 1984, tuvo creación la primera

De modo simultáneo a este proceso de reconocimiento provincial de los derechos de los pueblos originarios (18), el Congreso Nacional sancionó en el año 1985 la Ley 23.302 de Protección de Comunidades Aborígenes y en 1992, se dictó la ley 24.071 mediante la cual se aprobó el Convenio 169 de la Organización General del Trabajo (19) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (20).

III. FUNDAMENTOS VALORATIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Cabe señalar que el Anteproyecto (21) de Código Civil y Comercial de la Nación, presentado por la Comisión integrada por el Doctor Ricardo Lorenzetti, como Presidente, y las Doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelma-

norma de esta etapa, la ley 426 integral del aborígen de la Provincia de Formosa; posteriormente, en el año 1986 se sancionó la ley 6373 en la Provincia de Salta; en el año 1987 se sancionó la ley 3258 en el Chaco. Posteriormente, en 1988 la ley 2287 de la Provincia de Río Negro; en 1989 se sancionó la ley 2727 en la Provincia de Misiones; en 1991 se sancionó la ley 3657 en la Provincia de Chubut; finalmente, en 1993, se sancionó la ley 11.078 de la Provincia de Santa Fe”.

(18) Esta revalorización de las comunidades indígenas, comenzó con la sanción de la ley 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), organismo ejecutor juntamente con el Consejo de Participación indígena de políticas en materia de comunidades indígenas, que constituye un órgano colegiado constituido por 83 representantes, por cada pueblo originario, así como representantes de las provincias, elegidos por las comunidades indígenas. Debe señalarse también como hito, la creación de la Dirección de Pueblos Originarios y Recursos Naturales, así como el Fondo Especial para la Asistencia de las Comunidades Indígenas, de cara a consolidar la posesión tradicional de las tierras donde habitan las comunidades indígenas, programas de regularización de dominio de tierras fiscales nacionales y provinciales, gestión de compra de tierras aptas para el desarrollo humano. Cabe recordar que a finales de 2006 se promulgó la ley 26.160 de Emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras Comunitarias Indígenas, con la suspensión por cuatro años de la ejecución de sentencias y actos de desalojo, con las consiguientes expectativas generadas a nivel de reconocimiento de tierras de pueblos originarios; ello a los fines de efectuar una titulación de las tierras indígenas que hubieran sido inscriptas como particulares, según lo dispuesto en el BO 1/2/2006. Asimismo, el Decreto Reglamentario 1122/2007, en su art. 1º, señala que “la emergencia declarada por la ley 26.160 alcanza a las Comunidades Indígenas registradas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) u organismo provincial competente, así como a aquellas preexistentes”, entendiéndose por tales a aquellas comunidades pertenecientes a pueblos indígenas preexistentes que hubiesen registrado o no su personería en el RENACI. La paralización de desalojos de comunidades indígenas por el mencionado período, debe entenderse asociada a la necesidad de llevar a cabo un relevamiento de las tierras tradicionalmente ocupadas durante los primeros tres años de la ley. Parece quedar así excluido lo concerniente a las reivindicaciones de territorios ancestrales. A 2007, se contabilizaban en el país 550 comunidades indígenas, habiéndose inscripto hacia 2008 legalmente, sólo un total de 230.

(19) OIT:http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

(20) Conforme su art. 1º se aplica a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

(21) En: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

jer de Carlucci, expresa una serie de principios rectores o fundamentos (22) de importante alcance. Resulta entonces pertinente señalar, en relación a su proyección ambiental y a la ampliación en las categorías de derechos, aquéllos que pudieran tener una posible proyección en los derechos de las comunidades indígenas, a saber:

A. Código con identidad cultural latinoamericana (23)

“Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Éste es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. (...) Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana, así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región”.

El contexto latinoamericano como referencia inmediata se da en el marco de una transición de paradigmas desde el antropocentrismo hacia el biocentrismo, donde la Naturaleza es un sujeto de derecho. El término Pachamama, frecuentemente mencionado en constituciones como las de Bolivia o Ecuador, alude a una relación distinta con la Naturaleza, superando la tradicional concepción dualista entre sociedad y naturaleza, y reemplazada por una concepción relacional donde el hombre es parte de ella. El propio Anteproyecto da cuenta de esta influencia:

“Una muestra de la influencia de la identidad latinoamericana, que posteriormente no formó parte del Nuevo Código, fue la incorporación de la propiedad comunitaria indígena, institución que intentó regularizar un derecho constitucional, manteniendo estatus especial de la comunidad indígena como: inalienable, intransmisible, insusceptible de gravámenes de garantía, medidas cautelares o prescripción adquisitiva por parte de terceros” (24).

(22) El Anteproyecto señala una serie de principios, en cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos por el Decreto Presidencial 191/2001, que merecen resaltarse: 1- Código con identidad cultural latinoamericana, 2- Constitucionalización del Derecho Privado, 3- Código de la igualdad, 4- Código basado en un paradigma no discriminatorio, 5- Código de los Derechos Individuales y Colectivos, 6- Código para una sociedad multicultural, 7- Código en la seguridad jurídica para las transacciones comerciales.

(23) Fundamentos del Anteproyecto; I- Aspectos valorativos, p. 5.

(24) ULLA, CAROLINA, “Análisis de los aspectos valorativos en el anteproyecto de reforma y el Nuevo Código Civil y Comercial, desde una perspectiva ambiental”, en LEILA DEVIA [et al.]; coordinación general de AGNÉS SIBILEAU; dirigido por LEILA DEVIA; editado por MARÍA CAROLINA ULLA, *Avances del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los aspectos ambientales*, Albremática, Buenos Aires, 2015, p. 49.

B. Constitucionalización del Derecho Privado (25)

“La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado (...) En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Esta tendencia es parte de un proceso de constitucionalización del Derecho Público y Privado, ya que el Nuevo Código ha recepcionado compromisos internacionales asumidos en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en favor de la protección de las comunidades originarias, así como los derechos de incidencia colectiva —como el derecho a un ambiente sano y equilibrado—.

El Nuevo Código ha recepcionado los compromisos internacionales asumidos mediante una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado que pueden resumirse en los siguientes puntos fundamentales, algunos de los cuales ya se encontraban incorporados en el texto de Vélez Sarsfield (26): i) la dignidad de la persona humana y su inviolabilidad, ii) derecho a la identidad e interés superior de niños, niñas y adolescentes, iii) derechos de incidencia colectiva; derecho de las comunidades indígenas, iv) derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional/convencional (27).

Es importante señalar los aportes que el sistema interamericano ha tenido respecto del reconocimiento del derecho de las comunidades indígenas.

En relación con los trabajos aportados por la Corte Interamericana, cabe señalar que: “La propiedad sobre las tierras ancestrales pertenecientes a las comunidades indígenas ha motivado precisiones por parte del sistema interamericano, el cual ha rescatado, a través de las sentencias de la Corte Interamericana, la especial característica que reviste la propiedad para dichas comunidades, resaltando su raíz cultural y el especial sentido de pertenencia para sus miembros”. (...) En este sentido, dijo la Corte IDH: “Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del art. 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes” (28).

(25) Fundamentos del Anteproyecto; I- Aspectos Valorativos, p. 4.

(26) Se enumeran aquellos aspectos que se consideran vinculados a la dignidad de la persona, más allá de la referencia específica a las comunidades indígenas.

(27) TRUCCO, MARCELO, “El Código Civil y Comercial en clave de derechos humanos. El impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación e interpretación del nuevo derecho privado argentino”, *El Derecho*, 264, 2015, p. 8.

(28) Corte IDH, sent. del 29/03/2006, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas. Serie C nro. 146, párr. 120.

Existen notorias diferencias entre el derecho real y el derecho a la tierra, en tanto el derecho real da cuenta de una relación de apropiación de una cosa por parte de un sujeto, mientras que el derecho a la tierra y al territorio tiene valor de derecho humano.

Estos conceptos han sido receptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en especial en el Caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” (29).

“Es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

La estrecha conexión con la tierra, forma parte de la identidad cultural indígena, bajo modalidades que trascienden la proyección económica del derecho de propiedad.

C. Código de la Igualdad (30)

“Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”.

El principio constitucional de la igualdad, se aleja de la concepción tradicional de un sujeto en abstracto, considerado en posición de igualdad ante la ley, ya que se tiene en cuenta la especial situación del individuo en función de sus grados de vulnerabilidad para garantizar una efectiva protección, tal y como se vio en los capítulos II y III de esta obra.

(29) Corte IDH, sent. del 31/08/2001, caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, fondo, reparaciones y costas. Serie C nro. 66, párr. 149.

(30) Fundamentos del Anteproyecto; I- Aspectos Valorativos, p. 5.

D. Código basado en un paradigma no discriminatorio (31)

“En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento”.

Las demandas de las comunidades indígenas, “pujan por una redefinición de la noción de ciudadanía, que “tome en cuenta en la misma medida los derechos individuales y colectivos, y que reconozca tanto la diferencia como la igualdad entre los miembros de las comunidades políticas” (32).

E. Código de los Derechos Individuales y Colectivos (33)

“En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina y de modo coordinado con la brasileña. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales”.

La distinción señalada en el Anteproyecto entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva guarda coherencia con la distinción que la Constitución Nacional establece entre derechos y garantías individuales y los nuevos derechos —de incidencia colectiva— y garantías incorporadas al texto constitucional en la reforma de 1994. Debido a modificaciones del Poder Ejecutivo no se mantuvo la clasificación de derechos individuales y de incidencia colectiva, para el caso de “derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común” (34). Sin embargo, dicha omisión no parece ser sustancial, como se vio en el capítulo anterior.

F. En materia de bienes (35)

“La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tie-

(31) *Ibíd.* p. 5.

(32) NUSSMAUMER, BEATRIZ, “Pueblo, Territorio y Autonomía. Tensiones en los modos de construcción de los indígenas como sujetos de derecho en la Argentina”, en *Trabajo y Sociedad. Estudios Culturales. Núcleo Básico de Revistas Científicas argentina*, nro. 23, Santiago del Estero, 2014, p. 20.

(33) Fundamentos del Anteproyecto; I- Aspectos Valorativos, p. 5.

(34) ULLA, nota 24, p. 32.

(35) Fundamentos del Anteproyecto; I- Aspectos Valorativos, p. 5.

nen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto”.

Al respecto, en lo relativo a la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte Interamericana ha establecido que “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (36).

A modo explicativo, comprender al alcance de la interacción de las comunidades indígenas con sus espacios vitales implica desagregar diferentes niveles de complejidad en la intervención de su entorno por parte de estas comunidades, los cuales pueden precisarse como sigue (37).

1. Conocimientos y práctica: se refiere al conocimiento ancestral respecto de las especificidades de sus espacios vitales, tanto en materia de biodiversidad, rasgos topográficos y especificidades climáticas para comprender los ciclos naturales, conocimientos legados de generación en generación. Estos conocimientos permiten a las comunidades desarrollar estrategias de supervivencia para un mejor aprovechamiento del medio externo y para transformar el ambiente en un espacio habitable. Es usual que esta cultura promueva prácticas conservacionistas a favor del ambiente por parte de las comunidades indígenas. Las diferentes técnicas de cultivo utilizadas permiten sostener esa biodiversidad y una gestión sostenible.

2. Estructura social: al conocimiento técnico se suma la estructura social en materia de manejo de recursos naturales donde los patrones de subsistencia y estructuras políticas se dan de forma descentralizada y con dinámicas inestables. La contrapartida radica, a menudo, en la rotación temporal y local de actividades lo que disminuye el exceso en la capacidad de carga del ecosistema.

3. Visión mundial y valores culturales: la cosmovisión de las comunidades indígenas se basa en la idea de interconexión entre todos los seres existentes en la Tierra, en un delicado equilibrio que es necesario preservar y que lleva a no sobreexplotar los recursos del ambiente, dado que los bienes naturales son

(36) Corte IDH, sent. del 6/2/2006, caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, Serie C nro. 125, párr. 135.

(37) FABREGAT, CLAUDIO, “Los derechos humanos, una forma de dialéctica”, en ORDOÑEZ CIFUENTES, J., *Pueblos Indígenas y derechos étnicos*, UNAM, México, 1999, p. 20.

considerados tesoros de la Madre Tierra que deben ser preservados y debe priorizarse el beneficio a largo plazo de la conservación, en detrimento de visiones utilitaristas a corto plazo. Dañar a la Naturaleza implica dañar al hombre mismo debido a esta relación de identidad.

La pertinencia de estos nuevos principios tiene la inteligencia superadora de los códigos decimonónicos tradicionales, haciendo mención a nuevos modos de relación entre las personas y los bienes, trasladando el concepto a la relación entre la persona y su ambiente, donde las comunidades originarias se erigen como sujetos colectivos con un rol activo en la protección del ambiente bajo una especial y estrecha relación con su entorno vital inmediato. Ello trasciende la clásica visión patrimonial del ambiente, donde los recursos naturales no son sólo valorados por su proyección económica sino también por los servicios ambientales brindados.

IV. LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El proyecto original que fue presentado en el Congreso, establecía la regulación de la propiedad comunitaria indígena de la siguiente forma: Libro Cuarto, denominado “De los Derechos Reales”, donde el art. 1887 expresaba: son derechos reales en este Código (...) c) la propiedad comunitaria indígena. Asimismo, el Título V (arts. 2028 y ss.) regulaba específicamente la propiedad comunitaria indígena. De este modo, como se anticipó, en el Anteproyecto se reguló el derecho de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunitaria indígena como derecho real. El Poder Ejecutivo, no realizó modificación alguna en este aspecto. Sin embargo, arribado el documento al Congreso Nacional, en las últimas reuniones, la Comisión Reformadora modificó el art. 18 que regula los derechos de las comunidades indígenas, (...) en línea con los preceptos constitucionales y compromisos internacionales asumidos en el tema, suprimiendo la propiedad comunitaria indígena dentro de la categoría de los derechos reales (38). Por ello, como se mencionó, el Título V del Libro Cuarto fue eliminado y el art. 18 se modificó para guardar coherencia con la Constitución Nacional, y mediante el art. 9º cláusula primera de la ley 26.994 sancionatoria del Código, se dispuso que una ley especial delimitaría los alcances de los derechos de los pueblos indígenas y del derecho de propiedad comunitaria (39).

El siguiente como cuadro ilustra al respecto:

(38) IVANOFF, SONIA LILIANA, “La Propiedad Comunitaria Indígena: reflexiones en torno a su inclusión en la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en Expediente. Boletín Jurídico del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, Año 2015, nro. 7, abril, cit. p. 8, señala que “La exclusión del proyecto original a normas referidas a derechos indígenas, fue una decisión acorde al derecho constitucional de reconocimiento a los pueblos originarios. El proyecto original presentado en el Congreso establecía la regulación de la propiedad comunitaria indígena, como un ‘derecho real’; confusamente daba un tratamiento a la personería jurídica de las comunidades indígenas, entre otros temas”.

(39) RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 3, ps. 33-64.

Anteproyecto	Modificaciones Poder Ejecutivo	Nuevo Código
Art. 18.— Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva.	Mantiene la redacción idéntica del Anteproyecto, sin modificaciones.	Art. 18.— Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional.

Pues bien, el art. 18 del nuevo Código parte de la base de un reconocimiento constitucional de la “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan” las comunidades indígenas, el que debía complementarse con lo dispuesto en los arts. 2028/2036 del Proyecto (40).

Sin embargo, sectores de la doctrina y de las comunidades indígenas sostenían que la propiedad comunitaria resultaba más próximo al derecho público, en “razón de la inalienabilidad e inejecutabilidad que le asigna la Ley Suprema”, más que al “típico derecho real fundado en la propiedad y usualmente legislado en el derecho privado” (41). Por ello este enfoque generó importantes debates doctrinarios al tener en cuenta el tipo de posesión que adoptan las comunidades indígenas respecto de sus territorios tradicionales, los que son considerados sagrados de donde las formas adoptadas son significativamente distintas de los Códigos Civiles y restantes legislaciones internas de los países que regulan en materia de recursos naturales ya que se trata de una especial conexión y sentido de pertenencia al territorio. También se generaron debates respecto de quienes adherían a la postura de considerarlo un derecho real, aunque bajo ciertas particularidades (42).

(40) *Ibíd.*, p. 34.

(41) *Ibíd.*, p. 35.

(42) “Creemos que el constituyente, en dicha oportunidad, reconoció un nuevo derecho real, ya que se trata de un derecho sobre una cosa propia, que se ejecuta en relación directa con la propiedad de nuestras comunidades indígenas. Por ello “la tierra”, como objeto del derecho, es la cosa en el sentido del art. 2311 del Código de Vélez, con un contenido comunitario. Se pueden aludir semejanzas con el derecho real de dominio, pero con peculiaridades propias, ya que la perpetuidad (al igual que lo regulado en el art. 2510 del Código velezano) es atribuida a la comunidad indígena y no se extingue por el no uso ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable ni transmitirse por medio de la vía sucesoria. Cuando nos referimos a la propiedad comunitaria, estamos ante la regulación de un derecho constitucional otorgado a las comunidades indígenas que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina. Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la

A nuestro juicio, desde un punto de vista de la lógica de la Constitución Nacional Argentina en tanto reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas así como el reconocimiento en materia de posesión y propiedad comunitaria de las tierras ancestrales, no parece haber argumento válido que permita concluir que la Constitución Nacional determine que esta propiedad comunitaria constituya un derecho real, ya que la Constitución Nacional no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de tales derechos, y tampoco los clasifica.

Sentado lo anterior, se hará una breve mención al referido Título Preliminar del Anteproyecto. Éste hacía referencia de modo exclusivo a la propiedad comunitaria indígena, cuestión que hasta entonces sólo era contemplada, como se señaló previamente, en la Constitución Nacional, así como en leyes nacionales, pero no había sido previamente recepcionada por ningún Código.

La Propiedad Comunitaria Indígena, en el Anteproyecto, constaba de los arts. 2028 a 2036. A los fines de facilitar la comprensión del articulado, se ha diseñado un cuadro explicativo con una breve remisión a éste, así como las diferentes consideraciones críticas que fueron planteadas.

Artículos	Análisis
<p>Art. 2028.— Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.</p>	<p>Este concepto añade un elemento de complejidad en tanto no nos hallamos frente a un derecho real que exteriorice una relación entre personas y cosas (*), sino que se trata aquí de pensar no en los individuos sino a la comunidad como un todo, con un sentido de pertenencia etnolingüística, conciencia histórica, que trasciende a los propios miembros que compongan esa comunidad. Al mismo tiempo, la “cosa”, resulta insuficiente para caracterizar el espacio vital inmediato, o entorno natural, que cristaliza una serie de valoraciones espirituales, culturales y ancestrales, carentes de valoración económica, preexistentes a la ley codificada. La Naturaleza deja de ser concebida como un objeto y pasa a tener categoría de sujeto no humano de derecho para estas comunidades.</p>

mayor cantidad de facultades (disposición, uso y goce), la propiedad indígena no es enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes ni embargos”. LEZCANO, JUAN MANUEL, “La propiedad comunitaria indígena y su caracterización. Análisis del Código Unificado sancionado y su Anteproyecto”, en *Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, año 1, nro. 2, Ediciones Infojus, 2015, cit. p. 50.

Artículos	Análisis
<p>Art. 2029.— Titular. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.</p>	<p>Al considerar a la personería jurídica como elemento constitutivo, soslaya la importante referencia constitucional del art. 75 inc. 17 que reconoce la preexistencia étnica y cultural de las comunidades originarias anteriores a la conformación del Estado Nacional.</p>
<p>Art. 2030.— Representación legal de la comunidad indígena. La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.</p>	<p>Este artículo posee el componente positivo de conciliar la armonía entre comunidades que a la vez implique respeto desde el pluralismo a la vez que convivencia dentro de un marco legal.</p>
<p>Art. 2031.— Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad. En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral.</p>	<p>Asimilar un derecho como el de las comunidades indígenas con las características propias del derecho real, resulta insuficiente si se compara, como se anticipó, con el reconocimiento constitucional de su preexistencia étnica y el derecho a la posesión y propiedad comunitaria, que choca con el requisito de tener que llevar a cabo un acto constitutivo del derecho de propiedad para los pueblos originarios asentados en el territorio desde tiempos inmemoriales.</p>
<p>Art. 2032.— Caracteres. La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.</p>	<p>El aspecto positivo de este artículo radica en que no se trata sólo de una igualdad formal sino que asegura los derechos de esas comunidades.</p>

Artículos	Análisis
<p>Art. 2033.— Facultades. La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.</p>	<p>El artículo refiere a las facultades que otorga la propiedad indígena, a saber: i) uso, ii) goce, iii) disposición y gravamen del bien. Respecto del punto iii), queda el interrogante de cómo interpretarlo si se tiene en cuenta que la CN en su art. 75 inc. 17 establece la prohibición de enajenar, transmitir o gravar la propiedad comunitaria.</p>
<p>Art. 2034.— Prohibiciones. La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.</p>	<p>Este artículo pareciera afirmar que se permite el gravamen de la propiedad comunitaria sobre derechos reales de disfrute bajo ciertas condiciones, lo que también deja interrogantes si se tienen en cuenta las prohibiciones mencionadas en el artículo anterior, siguiendo el razonamiento de lo que prescribe la CN.</p>
<p>Art. 2035.— Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.</p>	<p>El derecho a la información ambiental, si bien no es exclusivo de las comunidades indígenas, ha sido receptado en regulaciones específicas como la Ley General del Ambiente (25.675) arts. 16 a 18, la ley 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental, entre otras normas.</p>
<p>Art. 2036.— Normas supletorias. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.</p>	

(*) Si tenemos en cuenta que en la nota al Título IV del Libro III, al transcribir la opinión de Demolombe, Vélez se enrola en la postura clásica en cuanto a definir la naturaleza del derecho real, como: “El derecho real es el que crea entre las personas y las cosas una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto. Cfr., al respecto, MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Derechos Reales. Parte General*, Zavallía, Buenos Aires, 2004, p. 21.

V. LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL NUEVO CÓDIGO

Se puntualizará aquí una descripción de los aspectos y elementos conceptuales que han permitido repensar el derecho de propiedad de las comunidades indígenas a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial.

El Título Preliminar (43), en cuatro capítulos refiere al derecho, a las leyes, al ejercicio de los derechos y a los derechos y los bienes, con una clara distancia respecto del Código de Vélez Sarsfield. No resulta menor señalar, en especial, la clasificación de los Derechos Individuales y Colectivos, elaborada en el Nuevo Código, en cuanto a la categoría de derechos de incidencia colectiva, según lo refieren los arts. 14 y 18. Según el primero, “En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. Esto implica una ampliación de la categoría de derechos de incidencia colectiva así como de la clasificación tradicional, basada en derechos individuales bajo el régimen del Código de Vélez Sarsfield que pueden facilitar la defensa del ambiente por diferentes grupos sociales.

Por su parte, en relación con el citado art. 18, regula este derecho a la luz de la Constitución Nacional, ya que, entre las atribuciones del Congreso Nacional, se menciona la de “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural” (44). Si tenemos en cuenta entonces que los derechos reales, como se mencionó previamente, son aquellos que ponen en relación de apropiación a un sujeto con una cosa, el derecho a la tierra, en definitiva, es un derecho en cabeza de los pueblos originarios. Por ello la consagración constitucional del derecho de las comunidades indígenas podría ser pensada como un derecho a la tierra, bajo una idea de derecho biocultural, que se desarrollará en el apartado pertinente.

El Nuevo Código Civil y Comercial, pues, es fruto de una visión superadora del Derecho Privado, en especial, como se mencionó anteriormente, en lo referente al ambiente y los derechos de las personas que en él habitan, lo que implica un punto de inflexión en los tradicionales conceptos y herramientas de protección de los derechos de propiedad consagrados en el Código de Vélez Sarsfield. “En materia ambiental, el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas resulta interesante porque aquello que se califica como ‘ambiental’ no sólo abarca los aspectos ecológicos sino también los sociales. La incorporación de estos derechos en nuestra Carta Magna y en el Nuevo Código Civil implica reconocer no sólo a las comunidades indígenas sino también a sus

(43) “Si bien, tradicionalmente, el Título Preliminar ha sido considerado solamente para coadyuvar en la definición de fuentes y reglas de interpretación, para la Comisión redactora del Anteproyecto su incorporación ‘brinda una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa’ Por lo tanto, una de las funciones primordiales que desempeñará el Título Preliminar en el Nuevo Código Civil y Comercial será ‘aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código, sirviendo de marco para la comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas, herramienta que podrá ser de utilidad para el Derecho Ambiental, principalmente, a la hora de resolver contiendas ambientales”. ULLA, MARÍA CAROLINA, en LEILA DEVIA [et al.], nota 24, cit., p. 36.

(44) MARTÍNEZ ESPECHE, MARÍA ELENA, *Derechos de las Comunidades Indígenas*, en LEILA DEVIA [et al.], nota 24, p. 52.

culturas, a sus creencias, a sus mitos y a sus formas de vida que conforman la realidad latinoamericana” (45).

VI. EL CONVENIO 169 DE LA OIT

A nivel internacional, el Convenio 169 de la OIT (46) reconoce a los pueblos indígenas el derecho sobre las tierras que habitan ancestralmente y la importancia que ellos han otorgado al concepto de Tierra, o Pachamama, una noción que difiere sustancialmente del concepto de cosa, que sí es un requisito necesario para expresar la relación de una persona en el Derecho Real.

Respecto del Convenio 169 de la OIT, entre los artículos de mayor relevancia, merecen mencionarse los siguientes:

Art. 6.2: “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (...)”.

Art. 7º: 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Art. 14: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Art. 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar

(45) *Ibíd.*, p. 49.

(46) En: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvenio/PAG0365.pdf>.

en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Respecto del Convenio 169 de la OIT, cabe efectuar algunas reflexiones, a saber:

a) La mención del art. 6.2 sobre consulta, implica la necesidad de crear procedimientos adecuados en el orden nacional que faciliten esos procesos, con la intervención de representantes de las comunidades indígenas, promoviendo formas de organización que potencien canales de comunicación efectivos, teniendo en cuenta el componente de vulnerabilidad de las mismas, para evitar asimetrías de información y teniendo en cuenta las pautas culturales y valoraciones por las que se rigen estas comunidades, en especial, ante emprendimientos en territorios donde están asentadas, que podrían tener impacto no sólo ambientalmente, sino en su modo de vida e idiosincrasia.

b) La referencia del art. 7.1 implica el reconocimiento de una democracia intercultural, que debe generar espacios de diálogo para el logro de consensos a la vez que reducir los niveles de conflictividad ambiental, donde las comunidades dejan de ser “receptoras pasivas de políticas públicas tuteladas, para reivindicar su derecho a ejercer un control efectivo sobre su territorio”. Al mismo tiempo, ello implica establecer las líneas de “su propio desarrollo”, todo ello en el marco del respeto y fomento, por parte de los poderes públicos, de la construcción de estas comunidades, de su propia identidad, en orden a fortalecerse como sujeto colectivo (47).

c) Poniendo en relación los preceptos de los arts. 14.1 y 15.1, se concluye que el art. 15 no reconoce la propiedad de los recursos de modo expreso, como sí lo hace respecto de la tierra (art. 14), para los pueblos indígenas; solamente se tiene derecho a su utilización, administración y conservación. De este modo, no se cuestiona la propiedad estatal de los recursos del subsuelo o recursos minerales ubicados en territorios indígenas, sino que se establece un deber por parte de los gobiernos de consulta a las comunidades, pero no un derecho de veto de los pueblos indígenas (48).

(47) OGAS MÉNDEZ, CINTIA, *Justicia Ambiental, Construcción del Pluralismo desde los Pueblos Indígenas Andinos en Justicia Constitucional. La Justicia Constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y nuevas tendencias*, Contexto, Resistencia, 2016, p. 897.

(48) *Ibid.*, op. cit., p. 869.

VII. LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN AMBIENTAL

Las actividades humanas han dejado su huella imborrable en la historia con variadas modalidades según las épocas, a través de un constante intercambio entre la sociedad y el mundo biofísico (49). El hombre ha transformado la naturaleza desde sus primeros tiempos de existencia en la Tierra, bajo diferentes formas de organización social y modos de producción cada vez más complejos, generando un creciente consumo intensivo en recursos naturales para satisfacer las necesidades humanas conforme las sociedades se hacían más complejas (50).

Ahora bien, “con la generalización de las relaciones capitalistas, que fue posible por la Revolución Industrial, la relación del ser humano con la naturaleza externa sufrió modificaciones significativas en su ritmo, amplitud, nivel, profundidad y grado de conciencia” (51). Esto ha dado lugar a que, con la modernidad, se hable de la llamada crisis ambiental global.

En efecto; el mayor nivel de intervención y explotación sobre la naturaleza para la producción de bienes y servicios a nivel global, que caracteriza a las sociedades contemporáneas, genera que sus efectos irradian más allá de los límites territoriales: gran parte de los efectos perniciosos sobre el ambiente traspasan fronteras locales o regionales hasta alcanzar una escala planetaria.

La historia jurídica de Occidente fue construida sobre cimientos que se orientaban a la protección de la persona y la propiedad, en línea con la visión previamente descrita. Los bienes ambientales constituían para la visión tradicional, meros supuestos de hecho de la norma, bajo la comprensión de que la Naturaleza era una fuente inagotable de recursos. (52)

VIII. MARCO TEÓRICO DE LAS CORRIENTES AMBIENTALISTAS

La crisis ambiental exigió otros modos de abordaje para los nuevos problemas que surgían (53). Las nuevas complejidades revitalizaron los debates

(49) BUSTAMANTE, LAURA, *Los derechos de la sustentabilidad*, Colihue, Buenos Aires, 2007, p. 85.

(50) SIMMONS, I. G., *Environmental History*, Blackwell, Oxford, UK, Cambridge USA, 1993, p. 57.

(51) FOLADORI (*et al.*), “La crisis ambiental contemporánea”; en *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Porrúa, México, UAZ, 2005, p. 4.

(52) LORENZETTI, *Teoría del Derecho Ambiental*, Porrúa, México, 2008, p. 9. Cfr. en ese sentido el categórico comentario de Henri de Saint Simon, citado por Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Notas para una fundamentación de derecho ambiental”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1993, 13, Buenos Aires, p. 264.

(53) LORENZETTI (*ibíd.*, p. 6) señala tres etapas en los modos de abordaje de estas nuevas problemáticas: i) una etapa de construcción conceptual o “retórica”, mediante la elaboración de símbolos y desarrollo de utopías de los años setenta, ii) “analítica”, para la identificación de problemáticas y elaboración de modelos comprensibles así como el diseño estratégico de soluciones, iii) “paradigmática” que implica un cambio epistemológico respecto de la comprensión de esas problemáticas y sus posibles soluciones, bajo nuevas dimensiones de complejidad, enfoques holísticos y pensamiento sistémico, que irradia en una nueva comprensión de la función del Derecho, donde la Naturaleza es también conceptualizada como sujeto, y el ambiente opera como metavalor, al igual que la libertad,

acerca de la necesidad de reformar los sistemas normativos y sus codificaciones para incluir a los sectores más vulnerables bajo medidas de protección (54). De este modo, se fueron perfilando diferentes aproximaciones conceptuales a la problemática relación entre ambiente y desarrollo.

A grandes rasgos, pueden reconocerse históricamente tres grandes corrientes en disputa (55):

a) La *corriente ecologista conservacionista o sustentabilidad fuerte*, inspirada en el movimiento conservacionista del Naturalismo del siglo XIX, en pro de una ética de la tierra. Esta visión entiende que la existencia humana se halla metafísicamente ligada en sus relaciones con las otras cosas, de tal forma que se identifique con el universo como un todo. Esto implicará que la ética individualista del propio interés servirá a los fines de una ética del compromiso holístico (56). La llamada “ecología profunda” puede concebirse como visión contemporánea, formulada principalmente por Arne Naes (1973). “La Ecología profunda defiende un biocentrismo fuerte. Postula que la solución de los problemas ambientales pasa, fundamentalmente, por un cambio cultural que resitúe al ser humano dentro del ecosistema global en un plano de igualdad con respecto al resto de los componentes del ecosistema (posición conocida como igualitarismo ecológico). También reclama la necesidad de un ajuste de la población humana y del crecimiento económico a los límites físicos del planeta” (57).

b) El *ambientalismo moderado o sustentabilidad débil*, sustentado en una visión antropocéntrica y desarrollista, que admite la existencia de determinados límites que la naturaleza impone a la economía. La Economía Ambiental aporta sus presupuestos teóricos, a la vez que se considera viable un desarrollo sustentable con crecimiento económico que permita márgenes de conservación. La mirada del hombre es la que otorga valor a los restantes componentes, que adquieren valor en función de éste, quien es en definitiva el centro del cosmos (58).

siendo un principio organizativo de los restantes. Se difuminan los contornos de las clásicas fronteras entre derecho público y privado y coexisten los espacios del derecho individual y colectivo en simultáneo.

(54) Además de la pobreza, asociada a la vulnerabilidad humana desde siempre, se observa que, en la actualidad, los cambios en el mercado laboral, la erosión del Estado benefactor, el deterioro de los términos de intercambio y las modalidades y características que asumen la producción y la comercialización de los productos en el mercado globalizado, se erigen en los principales nuevos factores de vulnerabilidad”. En: BUSTAMANTE, LAURA, *Los Derechos de la Sustentabilidad...*, cit., p. 68.

(55) ABREU, LUCIANA, “Miradas al Desarrollo Sustentable”, en ACOSTA, GUSTAVO (comp.), *Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2015, p. 29. Cfr, asimismo, Rabbi-Baldi Cabanillas, “Génesis y sentido del art. 41 de la Constitución Nacional”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Suplemento Especial “Derecho Ambiental”, Segunda Parte, 23/12/98, pp. 19, 20 y 27.

(56) AZQUETA, D., *Introducción a la economía ambiental*, 2ª ed., Mc Graw-Hill, Madrid, 2007, p. 59.

(57) ALEDO, ANTONIO - DOMÍNGUEZ, J. A., “Problemas socio-ambientales II: Las ecoutopías”, *Arqueología de la Sociología Ambiental*, Grupo Editorial Granada, México, 2001, ps. 21 y ss.

(58) Dice AZQUETA, nota 57, que “El ser humano es, por tanto, el único sujeto del derecho fundamental arriba mencionado: no sólo tiene un valor inmanente, sino que está revestido asimismo del

c) *La corriente humanista crítica*, como tercera posición que implica una visión superadora de las asimetrías estructurales que condicionan los patrones de producción y consumo de los países en desarrollo. A diferencia de la visión previa, donde los contenidos y alcance del concepto de “desarrollo” eran determinados por los organismos internacionales, esta corriente se inclina por una propuesta tercermundista del ecodesarrollo. El desarrollo sustentable, de este modo, implica la modificación radical de las estructuras políticas y sociales, así como los términos de intercambio (59). “El ecodesarrollo ha de plantear un modelo de desarrollo adaptado a los contextos regionales —tanto ambientales como culturales—, guiado por valores de solidaridad para con el entorno y los semejantes, así como para con las generaciones futuras” (60).

IX. COSMOVISIÓN INDÍGENA Y DERECHOS BIOCULTURALES

La cosmovisión indígena representa una complejidad conceptual a incluir como criterio en materia de creación normativa, debido al modo particular en que éstas desarrollan su interacción social y relación con el ambiente (61).

Tiende a pensarse que las comunidades indígenas rechazan los modos occidentales de comprensión de la naturaleza. Sin embargo, ocurre que los indígenas no poseen una idea de naturaleza en tanto área primitiva donde el hombre está ausente. La naturaleza no constituye un espacio prístino, sin presencia humana, sino que, por el contrario, los espacios vitales son considerados territorios custodiados por las comunidades ancestrales. De allí la paradoja del hombre occidental en cuanto a la creencia por parte de los conquistadores europeos de encontrarse con territorios vírgenes y silvestres al llegar al Nuevo Continente (62). Los vínculos con la tierra daban cuenta de permanentes rotaciones y migraciones internas, de carácter trashumante, donde las comuni-

derecho a decidir qué otros seres o cosas tienen valor, y qué tipo de valor. El ser humano reconoce sus obligaciones, en pie de igualdad, para con el resto de los miembros de su especie, pero no con respecto al resto de las especies. De acuerdo con esta postura, si la biosfera tiene valor es, exclusivamente, porque el ser humano ha decidido otorgárselo, bien porque satisface sus necesidades, bien por cualquier otro motivo. El resto de los seres vivos e inanimados tendrían, pues, un valor intrínseco o extrínseco, pero en cualquier caso derivado, y a menudo instrumental: en tanto en cuanto y en la medida en que se lo dan las personas”.

(59) *Ibíd.*, p. 29.

(60) RIECHMAN, J., *De la economía a la ecología*, Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

(61) KUPPE, RENÉ, “Derechos Indígenas y protección del Ambiente: ¿dos estrategias en contradicción?”, en ORDOÑEZ CIFUENTES, J., *Pueblos Indígenas y derechos étnicos*, UNAM, México, 1999, p. 181, expresa que “Un sistema tan dinámico y variable de coordinación en el manejo de los recursos es incompatible con categorías jurídicas rígidas de propiedad, que adscriben ciertas parcelas de tierra a determinados individuos. Por el contrario, este sistema de rotación de las actividades de subsistencia necesita el libre acceso a los recursos naturales, de acuerdo con las exigencias ecológicas. Sin embargo, este sistema dinámico es frágil hacia afuera, porque al no estar al alcance de la vista, adolece de protección formal cuando se trata de resistir frente a la apropiación del territorio indígena por parte de extraños. En consecuencia, fueron declaradas *terrae nullius* o baldías, y esto permitió y sigue permitiendo el justificar el despojo de los territorios indígenas, lo cual ni siquiera es visto como negación de derechos a alguien. Así, vemos cómo la concepción de los espacios vitales de pueblos indígenas como naturaleza ‘sin dueño’ por parte de la sociedad colonial”.

(62) *Ibíd.*, p. 189.

dades generalmente se asentaban de modo temporario, siguiendo los ciclos de la naturaleza y las estaciones del año. “En consecuencia desconocían y desconocen el carácter sofisticado de los patrones de relación con su medio de los seres humanos autóctonos. Incluso allí donde los habitantes de estas zonas ‘exóticas’ fueron percibidos como tales, sus conocimientos y técnicas fueron consideradas por los intrusos solamente como adaptación pasiva a la naturaleza. Y se niega el carácter organizado y dinámico de tal conocimiento y de tales relaciones” (63).

El término biocultural denota el lazo entre pueblos indígenas y otras comunidades con su tierra, la flora y fauna, recursos del suelo, el entorno natural circundante, donde el concepto de gestión local y empoderamiento comunitario cobra especial relevancia (64). Desde esta nueva mirada, puede comprenderse el rol de las comunidades empoderadas, en este caso, las indígenas, en cuanto a mantener sus modos tradicionales de tenencia de la tierra, y así contribuir a preservar el ambiente. Esta visión entra en contradicción con un paradigma que basa sus fundamentos en la economía de mercado, en tanto la tierra es pensada como *commodity*, enajenable, desde el cual se construyen discursos favorables a la propiedad privada y al rol de los derechos asociados (65).

La idea de “biocultural” se halla atravesada por diferentes dimensiones conceptuales, que incluyen la idea de comunidad, tierra y recursos; sistemas de tenencia de la tierra y protección de los ecosistemas. Si bien esta integración de las diferentes dimensiones se facilita mediante los derechos de propiedad, los derechos bioculturales no son simplemente un reclamo para asegurar derechos de propiedad, lo que implicaría una concepción de sujetos excluidos que reclaman un derecho de propiedad al estilo clásico, sino que, al contrario, los derechos bioculturales derivan de un modo tradicional y ancestral de posesión y tenencia de la tierra que conlleva intrínsecamente la obligación de su gestión y del cuidado de la Naturaleza, donde las comunidades indígenas tienen el rol de administradoras, si son empoderadas.

Esta afirmación de que el empoderamiento contribuye a preservar el ambiente, puede sostenerse a partir de cuatro movimientos interrelacionados: i) el discurso del post desarrollo, ii) la refutación de la llamada “*tragedia de los comunes*”, iii) la tercera generación de derechos y iv) los cuerpos normativos de derecho indígena.

Estas miradas convergen hacia una progresiva aceptación de los derechos bioculturales. Estos derechos emergen en un contexto de crisis de legitimidad discursiva del paradigma dominante de la economía de frontera, que pone énfasis en el crecimiento ilimitado y la explotación irracional de recursos. En primer lugar, una visión diferente a pensar en la naturaleza como fuente inagotable de recursos, está dada por la respuesta del post desarrollo, que im-

(63) *Ibid.*, p. 190.

(64) SANJAY BAVIKATTE, “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”, en *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 6, nro. 1, March 2015, ps. 7-29.

(65) *Ibid.*, p. 15.

plica una base normativa y factual basada en la evidencia empírica de que los paradigmas digitados desde una centralidad, como enfoques verticales, han fallado en la protección del ambiente. En segundo lugar, el componente normativo está verdaderamente dado por la voz de las comunidades que viven en esos ecosistemas, ya que la gestión local de las pequeñas comunidades en materia de recursos naturales permite una conexión más cercana con la naturaleza y promueve su protección. Ello se relaciona con la llamada “tragedia de los comunes”, idea que sostenía que si los bienes eran públicos y colectivos, no existirían incentivos para su preservación. El cuestionamiento a esta idea de que los bienes colectivos desalientan la protección y cuidado de los mismos, está dado, como se señaló, por los supuestos efectos beneficiosos de las acciones públicas y privadas sobre los bienes comunes. Comienza a surgir entonces como tema de agenda la promoción de derechos de comunidades locales para la gobernanza de recursos y la gestión local de los ecosistemas como una forma más efectiva de protección. En tercer lugar, los derechos de tercera generación se orientan al logro de la plenitud del hombre mediante derechos tales como un ambiente sano. Esta tercera generación se diferencia de las anteriores en tanto es pensada en términos de beneficios grupales, como derechos colectivos.

Específicamente, en cuarto lugar, puede pensarse en una categoría de derechos que se ha desarrollado en las últimas décadas, como en el caso bajo análisis, de los derechos indígenas, que demandan derechos variados como los derechos culturales e identitarios, donde la etnicidad constituye un aspecto central al momento de denotar su estrecha relación de pertenencia al territorio. Los derechos bioculturales entonces, emergen con la aparición de derechos ambientales e indígenas porque explicitan el lazo entre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, sin que la condición de etnicidad sea excluyente.

X. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de derechos constitucionales a los pueblos originarios expresados en el Código unificado es un hecho destacable que da cuenta de una deuda histórica de reparación pendiente. Esta inclusión se orienta a reconocer la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con su tierra, lo que excede el marco material o contenido económico. Tanto el art. 1º que remite como guías orientativas a preceptos constitucionales y tratados de derechos humanos, muchos de ellos vinculados a la temática indígena, así como el art. 18, que reconoce el derecho de propiedad comunitaria indígena, ambos de su Título Preliminar, expresan esta evolución normativa.

Cabe retomar nuevamente, como reflexión final, el alcance del significado que los pueblos indígenas atribuyen a la tierra. Puede afirmarse que la tierra constituye un marco de referencia vital en su cultura. La tierra, como medio natural, debe ser preservada en una relación de equilibrio y armonía donde el hombre se someta a sus leyes naturales, sin tratar de dominarla. La visión totalizadora del mundo y el equilibrio entre sus componentes vitales permiten a las comunidades indígenas reproducir su cultura de preservación ambiental. Ello

se contraponen a la visión occidental guiada por el objetivo de dominación de las fuerzas naturales y visión utilitarista de los bienes ambientales. Se requiere armonizar ambas visiones de modo tal de garantizar una coexistencia pacífica.

Por ello es que resulta un importante desafío modificar la matriz de pensamiento occidental al momento de conceptualizar el alcance de los derechos de los pueblos originarios, para que el reconocimiento de su preexistencia étnica implique un desenvolvimiento sin condicionamientos o vulneración a sus derechos.

Cabe destacar que “la agregación del derecho constitucional indígena fue muy cuestionada, en primer lugar por los primeros tratamientos que tenía, por estar inspirados en relaciones propias del derecho privado de occidente (Derecho romano), que en nada se referencia con la cosmovisión indígena de la propiedad comunitaria (que se integra por tierra y territorio conjuntamente), careciendo de todo tipo de aspectos vinculados con el Derecho Público, particularmente los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (66).

Se concluye que la regulación de los derechos de los pueblos indígenas, en especial lo referente al derecho a la tierra y territorio, debe comprenderse bajo la lógica operativa del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, siempre en el marco de la cosmovisión de estas comunidades y pueblos, pero a la vez desde un punto de encuentro entre las diferentes culturas que habitan el territorio, para propiciar acuerdos razonables.

(66) IVANOFF, nota 38, p. 4.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2017
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

